

marzo 2022

## **Dossier. Protección jurisdiccional de los consumidores**

### **Raquel Blázquez Martín**

*Las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*

### **Edmundo Rodríguez Achútegui**

*La protección procesal de los consumidores*

### **José M<sup>a</sup> Fernández Seijo**

*Consumidores y procedimientos sobre defensa de la competencia*

### **Matilde Cuenca Casas**

*Intercambio de información positiva de solvencia y protección del consumidor*

### **Carlos Padrós Reig**

*Una nueva mirada a la política pública de defensa de la libre competencia y el mercado*

### **Luis Prieto Sanchís**

*Luigi Ferrajoli: una Constitución para la tierra*

### **Dario Ippolito**

*La libertad como artificio jurídico. Sobre la filosofía de Beccaria*

### **María Carlota Ucín**

*Derecho y eficacia. A propósito de la reforma estructural a través del proceso*

### **Arturo Muñoz Aranguren**

*Sobre el tópico de la perspectiva de género y la presunción de inocencia*

### **Geraldo Prado**

*El fundamento constitucional de la cadena de custodia de la prueba digital*

### **Yolanda Rueda Soriano**

*Control de las pruebas declarativas en apelación penal*

### **José Miguel García Moreno**

*El concepto de autoridad judicial emisora en la jurisprudencia del TJUE*

*Abogadas en la dictadura y juezas en la democracia.*

### **Entrevista con María Antonia Lozano**

# 1/6

Este número es indicativo del riesgo del producto siendo 1/6 indicativo de menor riesgo y 6/6 de mayor riesgo.

Banco Santander está adscrito al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Para depósitos en dinero el importe máximo garantizado es de 100.000 euros por depositante en cada entidad de crédito.

 **Santander**

## En el Santander os tenemos en cuenta.

Por ello, tenemos una cuenta que se adapta a ti: la **Cuenta Corriente Colectivos del Santander**, sin comisión de administración ni mantenimiento de la cuenta<sup>1</sup>, sin comisión por transferencias en euros, nacionales y UE<sup>2</sup> solo por pertenecer a este Colectivo, y con las tarjetas\*:

- **Tarjeta de crédito All in One**  
Todo lo que necesitas en una única tarjeta.
- **Tarjeta de débito Santander One<sup>3</sup>**  
Sin comisión de emisión ni de mantenimiento.

También tenemos una **oferta preferente de financiación** para ti.

Infórmate en el **915 123 123** o en nuestras oficinas.

1. Cuenta no remunerada. TIN 0% **TAE 0%**. Para un supuesto de que se mantenga de forma constante durante 1 año un saldo diario de 7.000€, aplicando un tipo de interés nominal anual de 0% y una comisión de mantenimiento de 0€. 2. Exentas las transferencias en euros, nacionales y UE realizadas por internet, banca móvil o cajeros. No aplica a urgentes e inmediatas. 3. Concesión de la tarjeta sujeta a previa aprobación del Banco. Esta tarjeta permite el pago aplazado. Ten en cuenta que, si eliges una cuota demasiado baja, tu deuda puede alargarse en el tiempo más de lo previsto, ya que la cuota mensual se destinará en primer lugar al pago de intereses y comisiones y en una cantidad menor a la amortización del capital. Recuerda usar tu tarjeta de crédito de forma responsable. El uso abusivo de financiación implica un riesgo de sobreendeudamiento con consecuencias a largo plazo que pueden afectar a tu planificación financiera.

\*Consulta resto de condiciones en tu oficina más cercana.

# **JUECES** *para la* **DEMOCRACIA**

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 103 marzo 2022

EDITA: **Juezas y Jueces** *para la* **Democracia**

**En este número:** Blázquez Martín, Raquel. Magistrada Coordinadora civil, Gabinete Técnico, Tribunal Supremo  
Cuena Casas, Matilde. Catedrática Derecho Civil, UCM  
Fernández Seijo, José M<sup>a</sup>. Magistrado, Audiencia Provincial Barcelona  
García Moreno, José Miguel. Magistrado de enlace en Reino Unido e Irlanda  
Muñoz Aranguren, Arturo. Profesor derecho procesal. UCM  
Ippolito, Dario. Filósofo del derecho  
Prado, Geraldo. Investigador y Profesor, Universidad Autónoma de Lisboa  
Padrós Reig, Carlos. Catedrático derecho administrativo y derecho de la Unión Europea, UAB  
Prieto Sanchís, Luis. Filósofo del derecho  
Rodríguez Achútegui, Edmundo. Magistrado, Audiencia Provincial Vizcaya  
Rueda Soriano, Yolanda. Magistrada Audiencia Provincial Barcelona  
Ucín, María Carlota. Investigadora posdoctoral en Erasmus School of Law (Erasmus University Rotterdam)

### **Jueces para la Democracia. Información y Debate**

Publicación cuatrimestral de *Juezas y jueces para la Democracia*

**Consejo de Redacción:** Perfecto Andrés Ibáñez, Esther Erice Martínez, José María Fernández Seijo, José Miguel García Moreno, Javier Hernández García, Marcos Marco Abato, Ascensión Martín Sánchez, Fátima Mateos Hernández (secretaria de redacción), Luis Carlos Nieto García, Amaya Olivas Díaz (codirectora), Ramón Sáez Valcárcel (codirector), Yolanda Rueda Soriano.

El dossier ha sido coordinado por José María Fernández Seijo.

**Consejo asesor:** Manuel Atienza (U. Alicante), Antonio Baylos Grau (U. Castilla la Mancha), José Luis Díez Ripollés (U. Málaga), Cristina González Beifuss (U. Barcelona), Juan Igartua Salaverría (U. País Vasco), Elena Larrauri Pijoan (U. Pompeu i Fabra), Javier Andrés González Vega (U. Oviedo).

**Directrices para los autores:** las normas de estilo se encuentran publicadas en nuestra página web <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/12/Guia-de-estilo-Revista-JpD.pdf>

**Boletín de suscripción** en la página web <http://www.juecesdemocracia.es>

Correspondencia: *Juezas y jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid.

E-mail: [jpd@juecesdemocracia.es](mailto:jpd@juecesdemocracia.es) <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones: Maxipack S.L., Avda. del Sistema Solar n.º 3 A. Parque Tecnológico 28830 San Fernando de Henares. Madrid  
Tel. 91 674 93 00

E mail: [suscripciones@maxipack.es](mailto:suscripciones@maxipack.es)

Precio de este número: 10 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números)

Europa: 34 €

Resto: 40 €

Dépósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

# ÍNDICE

---

	<u>Pág.</u>
<b>Dossier. Protección jurisdiccional de los consumidores</b>	
— <i>Nota de la redacción</i> .....	5
— <i>Las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de consumidores. Raquel Blázquez Martín</i> .....	7
— <i>La protección procesal de los consumidores. Edmundo Rodríguez Achútegui</i> .....	19
— <i>Protección de los consumidores en procedimientos sobre defensa de la competencia. Un nuevo campo de batalla. José M<sup>a</sup> Fernández Seijo</i> .....	25
— <i>Intercambio de información positiva de solvencia y protección del consumidor. Matilde Cuenca Casas</i> .....	37
— <i>Una nueva mirada a la política pública de defensa de la libre competencia y el mercado. A propósito de la US President Executive Order 14036 de 9 de julio de 2021, Promoting Competition in the American Economy. Carlos Padrós Reig</i> .....	52
<b>Estudios</b>	
— <i>Luigi Ferrajoli: una Constitución para la tierra. Luis Prieto Sanchís</i> .....	63
— <i>La libertad como artificio jurídico. Sobre la filosofía de Beccaria. Dario Ippolito</i> .....	70
— <i>Notas sobre derecho y eficacia. A propósito de la reforma estructural a través del proceso. María Carlota Ucín</i> .....	81
<b>Teoría/Práctica de la jurisdicción</b>	
— <i>Sobre el tópico de la perspectiva de género en el proceso penal y la presunción de inocencia: una réplica cordial a Elena Larrauri. Arturo Muñoz Aranguren</i> .....	91
— <i>Breves notas sobre el fundamento constitucional de la cadena de custodia de la prueba digital. Geraldo Prado</i> .....	100
— <i>El proceso penal «en acción»: el control de las pruebas declarativas en la apelación penal. Yolanda Rueda Soriano</i> .....	110
— <i>El concepto de autoridad judicial emisora en la jurisprudencia del TJUE relativa a la orden europea de detención y entrega. José Miguel García Moreno</i> .....	119
<b>Memoria</b>	
— <i>Abogadas en la dictadura y juezas en la democracia. Entrevista con María Antonia Lozano</i> .....	139
<b>Extractos/Abstracts</b> .....	151



# DOSIER: PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONSUMIDORES

---

## Presentación

En este número de la Revista *Jueces para la democracia. Información y debate* hemos decidido incluir un dossier dedicado a la protección judicial de los consumidores en los procedimientos civiles. Hasta la promulgación en el año 1993 de la Directiva de la Unión Europea 93/13, sobre condiciones generales de la contratación, el llamado “*derecho de consumo*” era una materia transversal e incómoda que, en apariencia, contaba con la ventaja de considerarse en la Constitución un derecho social y político que exigía un posterior desarrollo legislativo, pero que, en la práctica, quedaba en tierra de nadie, ya que las disciplinas tradicionales del derecho solían despreciar el ámbito del consumo. La Ley española de 1984 nadaba entre el derecho civil, el derecho mercantil y la tutela administrativa sin definir un marco claro de protección.

La Directiva 93/13 abre el campo de mira del derecho de consumo al plantear una serie de principios u objetivos comunes para toda la Unión que alteran las reglas hasta la fecha intocables del derecho civil sobre obligaciones y contratos. El principio de libertad en la contratación, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los contratantes consagrado en los Códigos civiles clásicos saltaba por los aires ante las nuevas formas de contratación.

La Directiva ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial exorbitado ya que los

artículos de esta norma no eran sino un esquema programático de objetivo y valores con muy poca concreción. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se empeñó en dotar de contenido efectivo la Directiva hasta convertirla en un instrumento fundamental para regular las normas de funcionamiento del mercado interno, articulando una nueva tutela para la parte más débil en los contratos, el consumidor.

No debe olvidarse que la Directiva 93/13 no es una norma de contenido social, sino un instrumento para garantizar la transparencia en el mercado. Sin embargo, el Tribunal, desde la Sentencia Océano en el año 2000 ha ido introduciendo una serie de ajustes y correctivos que han permitido convertir el derecho de consumo en uno de los pilares fundamentales de desarrollo del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea, referido a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia del Tribunal ha influido en los tribunales supremos de los Estados ya que el TJUE se ha convertido, de hecho, en la última instancia en materia de consumo, al configurarse los conceptos de consumidor y el de cláusula abusiva como conceptos autónomos, propios del derecho comunitario.

La transposición de la Directiva al derecho interno español no fue acertada, ni la Ley de 1998, ni el Texto Refundido de

---

2007 fue capaz de introducir los cambios procesales y materiales que exigía el Tribunal de Luxemburgo. Esta circunstancia ha determinado que el número de cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados y tribunales haya ido incrementándose a medida que se han ido reformando las normas internas. Esta escalada de cuestiones prejudiciales ha llevado incluso al propio Tribunal Supremo Español a plantear sucesivas preguntas que todavía están en trámite. El derecho de consumo desde la perspectiva de la Unión Europea sigue siendo un derecho en construcción, de marcado perfil judicial que se desarrolla a partir de las normas propias del derecho privado, pero que tiene una proyección constitucional que se evidencia en la Sentencia de 10 de septiembre de 2014, (C-34/13.ECLI:EU:C:2014:2189) en la que se vincula la protección de los consumidores al artículo 47 de la Carta Derechos Fundamentales de Unión Europea, precepto en el que se regula el principio de tutela judicial efectiva, y el derecho a una vivienda digna conecta con el artículo 7, referido al respecto a la vida privada y familiar, así como a la inviolabilidad del domicilio.

Este salto cualitativo del derecho de consumo obliga a realizar un esfuerzo continuado para reflexionar sobre la evolución de los mecanismos de tutela a los consumidores, mecanismos que van más allá del derecho de contratos y que se trasladan a otras materias, como puede ser el derecho a la vivienda, el acceso a los servicios financieros o las reglas de funcionamiento de la competencia en el mercado.

Aunque en los últimos años ha sido habitual la publicación en la Revista de artículos dedicados a la protección de consumidores, hasta ahora no nos habíamos planteado la utilidad de proponer un dossier

que agrupara varios artículos destinados a esta materia tratando, por una parte, el actual estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que está haciendo un esfuerzo no sólo por incorporar a la práctica judicial interna las sentencia del TJUE, sino también el trasladar a este Tribunal las dudas que genera la interpretación de las normas de la Unión Europea.

También acompañamos un artículo eminentemente práctico dedicado a la protección del consumidor en los distintos procedimientos judiciales ya que el punto débil de legislaciones como la española ha sido el referido a la posición del consumidor en el proceso civil, tanto en procesos declarativos como en los de ejecución. En este punto, ya advirtió el Tribunal Europeo que un procedimiento civil incapaz de dar una razonable al consumidor, la parte más débil en el contrato, puede llevar a que las posición de desequilibrio que se observa en el momento de la contratación se traslade también al procedimiento judicial.

Junto a estos dos artículos referidos al desarrollo actual de la Directiva 93/13, publicamos otros dos artículos dedicados a ampliar los márgenes del derecho de consumo, uno de ellos que afecta a los ficheros de solvencia patrimonial y el otro a la conexión entre las normas de defensa de la competencia y las de cláusulas abusivas.

Quedan otros ámbitos pendientes de reflexión, como el de la protección penal al consumidor, o las deficiencias que se observan en la protección administrativa de los consumidores, protección que en muchas ocasiones se reduce a la imposición de sanciones ridículas. En este sentido, el dossier que presentamos en este número de la revista debe considerarse un punto de partida, no un punto de llegada en el estudio de este ámbito del derecho.



# Las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de consumidores

Raquel BLÁZQUEZ MARTÍN

## 1. La vía de la cuestión prejudicial y el famoso diálogo entre tribunales

La Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo (TS) ha planteado, en los últimos años, diecinueve cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Seis de ellas, prácticamente un tercio, han versado sobre materias netamente relacionadas con la protección de los consumidores y la interpretación de la Directiva 93/13/CE. Si elaboráramos un catálogo con la recopilación de las dudas elevadas desde la Sala Primera al TJUE, obtendríamos una buena herramienta para medir la considerable dimensión de los avances en la protección de consumidores y usuarios y para radiografiar las sucesivas olas de litigiosidad que han provocado las dinámicas contractuales de la generalidad de entidades financieras.

Entre las antiguas cláusulas de redondeo, cuando se planteaba, en términos que ahora nos pueden parecer casi ingenuos, el aparente blindaje de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o la adecuación entre el precio y su contrapartida<sup>1</sup>, y el debate sobre cómo medir

los plazos de prescripción de las acciones de remoción de efectos de las cláusulas abusivas –descartando, como luego se verá, que la firma del contrato o los pagos realizados en ejecución de esas cláusulas sean un término válido de inicio–, ha pasado una decena larga de años en la que los debates sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores se han ido resolviendo en términos que, si nos situáramos en el punto de partida, resultarían difícilmente imaginables.

Pese a las dificultades y a las sombras, el cambio en pocos años ha sido bastante espectacular. En ese decenio largo, hemos visto cómo las cláusulas de vencimiento anticipado, que tan naturales nos parecían y que permitían que las entidades bancarias pudieran dar por vencido un préstamo por incumplimientos nimios del deudor, han ido quedando proscritas a partir de la STS de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618), por más que luego se haya prolongado el debate sobre cómo afrontar los incumplimientos graves<sup>2</sup>. Hemos asumido que los intereses de demora, tanto tiempo instalados en cifras superiores al 25%, no pueden superar en más de dos puntos el interés remune-

---

1 Cuestión planteada por auto de 20 de octubre de 2008 y resuelta por STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309).

---

2 Cuestión prejudicial planteada por auto de 16 de marzo de 2017 y resuelta por STJUE de 26 de marzo de 2019, C-70/17. ECLI:EU:C:2019:250.

ratorio del préstamo<sup>3</sup>. Y damos por sentado que principios procesales *de toda la vida*, como la justicia rogada, el principio dispositivo, la congruencia o la preclusión, quedan tan desleídos en las pretensiones de consumo que el proceso civil nos parece, en ocasiones, un vasto paisaje sin hitos ni mojones, en el que dudamos cómo movernos como jueces civiles y hasta dónde podemos llegar.

El capítulo de las cuestiones prejudiciales que el TS ha formulado en relación con la abusividad de las cláusulas contractuales se completa con un segundo bloque de remisiones que, aunque no toca el núcleo duro de la Directiva 93/13, sí ha tenido una importancia decisiva en la litigiosidad asociada a otro tipo de contratos en los que una persona física ocupa el lugar más vulnerable de la relación contractual. Ha sucedido así, por ejemplo, en materia de contratos de seguro<sup>4</sup> o de contratos bancarios afectados por procesos de intervención o liquidación de las entidades financieras que los promovieron<sup>5</sup>.

El TJUE ha repetido, por activa y por pasiva, que la piedra angular del sistema jurisdiccional consagrado en los Tratados es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE. La imagen gráfica recurrente en el discurso del TJUE es la del diálogo de juez a juez entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, un diálogo marcado por la finalidad de garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, permitiendo de ese

modo preservar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados<sup>6</sup>.

La célebre idea del diálogo entre tribunales forma parte, ya desde hace años, del funcionamiento diario de los órganos nacionales y, cómo no, del TS. Hasta tal punto de extenso e intenso ha sido ese diálogo, que resulta casi imposible abordar una exposición resumida de cuáles han sido sus frutos en estas pocas líneas. Como esa exposición desbordaría, por lo demás, la finalidad de este artículo, me centraré en las cuestiones prejudiciales que aún están pendientes de resolver por el TJUE.

## 2. La posición de los Tribunales Supremos de los Estados miembros

La posición de los Tribunales Supremos de los Estados miembros en esas conversaciones con el TJUE resulta, como es sabido, peculiar. Se dan, en tales casos, dos singularidades relevantes<sup>7</sup>. En primer lugar, los Tribunales Supremos son, por definición, órganos de última instancia. El art. 267.3 TFUE contiene una previsión específica al

3 Cuestión prejudicial planteada por auto de 22 de febrero de 2017 y resuelta por STJUE de 7 de agosto de 2018.

4 Cuestión prejudicial planteada por auto de 30 de enero de 2018 y resuelta por STJUE de 20 de junio de 2019, C-100/18, ECLI:EU:C:2019:517.

5 Cuestión prejudicial planteada por auto de 25 de junio de 2019 y resuelta por STJUE de 8 de octubre de 2020, C-514/19, ECLI:EU:C:2020:803.

6 La STJUE de 15 de julio de 2021, asunto C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 por citar una de las más recientes –y de las más emblemáticas– insiste en esa idea en uno de los ya habituales conflictos con Polonia, al hilo del régimen disciplinario aplicable a los jueces, la independencia judicial, la tutela judicial efectiva, y la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear peticiones de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia. Las menciones al diálogo entre tribunales pueden localizarse en otras muchas sentencias al hilo de los temas más diversos (en los últimos meses, STJUE de 2 de septiembre de 2021, C-741/2019, ECLI:EU:C:2021:655, 6 de octubre de 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, y 23 de noviembre de 2021, C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949).

7 Tratan específicamente este tema las SSTJUE de los asuntos C-72/14 y C-197/14, de 9 de septiembre de 2015, ECLI:EU:C:2015:564; Tomášová (C-168/15), 28 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:602; y Lucio Cesare Aquino (C-3/2016), de 15 de marzo 2017, ECLI:EU:C:2017:209.

respecto: los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están obligados a someter la cuestión prejudicial al TJUE, porque, de otro modo, no sería posible el marco de la colaboración que requiere la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la Unión.

En España, la Sala Primera no monopoliza el papel de órgano de última instancia de la jurisdicción civil. Comparte ese papel con las Audiencias Provinciales, en los casos en los que no es posible el recurso de casación –por ejemplo, cuando las Audiencias actúan como tribunales unipersonales–, e incluso con los Juzgados de Primera Instancia, en los juicios verbales exentos del recurso de apelación. Desde este punto de vista, las dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión no conocen límites de cuantías litigiosas. Tanto pueden plantearse en un verbal de 2.000 euros como en un juicio millonario. Pero, qué duda cabe, el órgano de última instancia por excelencia es el Tribunal Supremo, y ello conlleva dos obligaciones indeclinables: primero, debe plantear la cuestión prejudicial si tiene dudas sobre la interpretación de una norma europea y, segundo, debe motivar suficientemente la denegación del planteamiento instado por alguna de las partes.

Contamos con dos recordatorios recientes de ambas obligaciones. El primero, la STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019<sup>8</sup>, que estimó el recurso de amparo promovido por la Administración General del Estado, al apreciar vulneración del art. 24 CE –derecho a un proceso con todas las garantías–, porque la Sala Tercera del Tribunal Supremo no planteó cuestión prejudicial en el recurso interpuesto frente a

un reglamento relativo a la financiación del bono social eléctrico.

El segundo recordatorio procede del TEDH, que, en su sentencia de 13 de julio de 2021, *Bio Farmland* (43639\17) condenó a Rumanía por vulneración del art. 6.1 CEDH (derecho al proceso equitativo) porque un tribunal de apelación que actuaba como órgano de última instancia no motivó la denegación de una remisión prejudicial pedida por una de las partes. El TEDH explica que el juez nacional no está obligado a plantear la cuestión, pero debe justificar su denegación, aun de forma sumaria o por remisión a los criterios de la doctrina *Cilfit*<sup>9</sup> sobre los actos claros o aclarados. Remarca, pues, el deber explícito de motivación, y asigna a su incumplimiento una consecuencia clara: la infracción del art. 6.1. CEDH, con todo lo que ello implica.

Hay una segunda singularidad en la posición de los Tribunales Supremos. No hay que perder de vista que el art. 267.3 TFUE trata de evitar, entre otros males, la consolidación en un Estado miembro de una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho de la Unión. La sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2017, C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209, insiste en esta idea, ya enunciada en otras sentencias anteriores.

Los Tribunales Supremos tienen encomendada la garantía de la interpretación uniforme de las normas jurídicas de derecho interno y, en ordenamientos como el español, la jurisprudencia del TS, pese a no ser fuente del derecho, complementa el ordenamiento jurídico en la forma que indica el art. 1.6 CC. Ninguna duda

<sup>8</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25882>.

<sup>9</sup> La doctrina *Cilfit*, sobre los actos claros o aclarados, inicialmente formulada en la antigua STCE de 6 de octubre de 1982, se ha reforzado y consolidado a lo largo del tiempo, hasta llegar a la STJUE de 6 de octubre de 2021 (C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799), que contiene su última formulación.

cabe de que la jurisprudencia nacional no puede desatender las normas de la Unión ni el sentido en que son interpretadas por el TJUE. Resulta una obviedad afirmar que, en ese marco, los Tribunales Supremos están supeditados al TJUE. Su alguna vez hubo alguna duda al respecto, a estas alturas está ya más que despejada. El TJUE ocupa, también frente al TS, la posición de preminencia que le confiere el TFUE y el art. 4 bis LOPJ. Cuando el debate se fue desplazando hacia los Tribunales Constitucionales, el resultado ha sido el mismo. La reciente STJUE de 21 de diciembre de 2021, C-357/19 y acumulados, ECLI:EU:C:2021:1034, insiste en que la primacía del derecho de la UE exige que los tribunales ordinarios puedan inaplicar las decisiones del Tribunal Constitucional que sean contrarias al mismo, sin verse sometidos a medidas disciplinarias, en varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo y por un tribunal de apelación de Rumanía.

Pero, al mismo tiempo, el propio TJUE recuerda que «no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales<sup>10</sup>».

De otro lado, forma ya parte de la normalidad de las cuestiones prejudiciales su empleo como instrumento legítimo de cuestionamiento de la jurisprudencia de los Tribunales Supremos. Cualquier tribunal nacional puede plantear al TJUE que una determinada línea jurisprudencial in-

terna no se ajusta a la normativa europea o a la interpretación autónoma que es patrimonio exclusivo del TJUE. Incluso existe un término para ello, el llamado «refugio semi-casacional»<sup>11</sup>. También está plenamente asumido que la secuencia habitual de formación de jurisprudencia (primera instancia/segunda instancia/casación) se ha visto irrevocablemente alterada, porque ahora puede contar con varias etapas adicionales: primera instancia/segunda instancia/casación/ cuestión prejudicial en primera o segunda instancia sobre la jurisprudencia creada/casación... El coste que ello supone –la prolongación de los tiempos de respuesta y la paralización masiva de las áreas de litigiosidad afectadas– es ya un coste resignadamente asumido.

Con estas reglas de juego, es especialmente importante aplicar un especial rigor en la exposición del derecho interno, por supuesto en la identificación de las normas concernidas, pero también en la jurisprudencia nacional aplicable. Si lo que se cuestiona es la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el TJUE va a dar por bueno lo que diga el juez proponente. No hay ningún mecanismo que permita a los Tribunales Supremos validar si la jurisprudencia que se les atribuye es real o si es una interpretación particular del juez remitente. Tampoco en la tramitación de la cuestión prejudicial el agente del Estado al que pertenece puede completar el planteamiento. En la reciente STJUE de 21 de diciembre de 2021, C243/20, ECLI:EU:C:2021:1045, insiste en lo que ha dicho tantas veces: corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse apreciar, a la luz de

10 STJUE de 7 de agosto de 2018 (C-94/17) y 14 de marzo de 2019, C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207.

11 Sarmiento Rodríguez-Escudero, D.: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: luces y sombras. En "La justicia en un mundo globalizado". Cuadernos Digitales de Formación 34-2017, CGPJ.

las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, que disfrutan de una presunción –prácticamente *iuris et de iure*– de pertinencia. El TJUE subraya que, según reiterada jurisprudencia, incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del reparto de competencias entre este y los órganos jurisdiccionales nacionales, tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión, de modo que el examen de una remisión prejudicial no puede efectuarse a la luz de la interpretación del Derecho nacional invocada por el Gobierno de un Estado miembro o por una parte en el litigio principal.

Toda esta explicación viene a cuento de que el art. 267 TFUE también obliga al TS a plantear una nueva cuestión prejudicial, sobre dudas ya resueltas por el TJUE a raíz de una prejudicial previa, cuando el derecho interno trasladado por el juez remitente de esa primera cuestión no recoge con rigor y objetividad las normas jurídicas relevantes y/o la jurisprudencia del TS. Entonces, ese intrincado bucle que alarga y complica la creación de jurisprudencia se complica aún más.

Ha sucedido recientemente con las dudas sobre los controles de transparencia y abusividad aplicables a la comisión de apertura de los préstamos hipotecarios. En el auto de 10 de septiembre de 2021<sup>12</sup>, el TS dirige una nueva cuestión prejudicial al TJUE, que se ha registrado

con el número C-565/21 después de que la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578, resolviera una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia 17 de Palma de Mallorca mediante un auto en el que se omitió la regulación específica de la comisión de apertura y se trasladó, como jurisprudencia del TS, la afirmación de que la comisión de apertura superaba automáticamente el control de transparencia.

En su auto de planteamiento, el TS explica que el primer juzgado únicamente trasladó el contenido de las normas generales, que hacían mención a que las comisiones bancarias deben estar justificadas en la prestación de un servicio efectivo, pero omitió la norma que regula específicamente la comisión de apertura y establece para ella un régimen diferente al del resto de comisiones bancarias. Todas las normas sobre transparencia de los préstamos hipotecarios<sup>13</sup> han diferenciado la regulación de las comisiones por servicios relacionados con los préstamos de la comisión de apertura, que ha recibido siempre un tratamiento diferenciado y singular, tanto en su definición (responde a gastos inherentes a la actividad ocasionada por la concesión del préstamo) como en las condiciones de su devengo (se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad del prestamista), pero el contenido de esas normas específicas fue omitido en su momento.

12 <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?text=%2522comisi%252C3%25B3n%2Bde%2Bapertura%2522&oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&langua=es&avg=&cid=3197703>.

13 Tanto la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (anexo II, apartado 4), como la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (art. 5) y la Ley 5/2019, de 15 de marzo (artículo 14).

En cuanto a la exposición de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, el Juzgado de Palma de Mallorca hizo mención a una «jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia». Ahora el TS afirma «tajantemente que esa jurisprudencia no existe. No hay ninguna sentencia de este Tribunal Supremo que contenga esa aseveración».

A juicio del TS, otras resoluciones del TJUE sobre comisiones similares (gastos de gestión o comisiones de desembolso), como la STJUE de 3 de octubre de 2019 (C-621/17, Kiss y CIB Bank, ECLI:EU:C:2019:820, llegaron a una solución contraria a de la sentencia que resolvió la primera cuestión prejudicial, al considerar que «el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores [...] que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes». O, en el caso de la STJUE 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19 (Profi Credit Polska SA, EU:C:2019:930), al precisar en su apartado 75, que «el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la “comisión” o los “gastos de apertura” [...] [aunque] es importante que la naturaleza de los servicios efectivamen-

te proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen».

Por todo ello, se activa de nuevo el mecanismo de la decisión prejudicial para despejar las dudas sobre si la jurisprudencia del TS, en esta cuestión, es contraria o no al Derecho de la Unión Europea.

### **3. La cuestión prejudicial C-869/19 (Unicaja). Los principios procesales de derecho interno y el principio de efectividad del derecho de la UE**

La cuestión prejudicial C-869/19, que fue planteada por auto de 28 de noviembre de 2019, puede tener un considerable efecto expansivo sobre la concepción del proceso. La sentencia del TJUE no debería demorarse, porque las conclusiones del Abogado General Tanchev fueron presentadas el 15 de julio de 2021, pero a fecha de redacción de este artículo<sup>14</sup> no está incluida en la agenda pública del TJUE la publicación de la sentencia<sup>15</sup>. La cuestión prejudicial podría parecer una derivada más de los numerosísimos matices de las cláusulas suelo, pero no es así: si la sentencia sigue los criterios expuestos en las conclusiones, la proyección sobre el entendimiento clásico de los principios procesales puede ser tan amplia y tan transversal que puede haber un verdadero *después* en la tramitación de los litigios de consumo.

Ciertamente, esos principios clásicos, concebidos no solo como mera ordena-

<sup>14</sup> 28 de enero de 2022.

<sup>15</sup> La agenda del TJUE se anuncia en su web, [www.curia.es](http://www.curia.es), con publicación de las previsiones a tres semanas vistas, aproximadamente.

ción procesal, sino también como ingredientes de la configuración constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se han visto ya considerablemente devaluados por las facultades inherentes al control de oficio del juez civil. Me refiero a principios, hasta hace tan poco tan relevantes, como la justicia rogada, el deber congruencia, la preclusión de trámites procesales, la prohibición de cambio de demanda y de reforma peyorativa o el *tantum devolutum quantum appellatum*, incluso la propia vigencia del principio de cosa juzgada.

Aún más, la forma en la que el Tribunal Constitucional ha asimilado los pronunciamientos del TJUE sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias provocó, a partir de la STC 31/2019, de 28 de febrero, un serio efecto de deconstrucción del derecho procesal que aplicábamos hace apenas cinco años, pero esa consecuencia no ha ido más allá de una voladura controlada sobre el siempre controvertido proceso de ejecución hipotecaria.

Ahora, el hecho diferencial es que la resolución de la cuestión prejudicial C-869/2019 puede tener un notable efecto expansivo sobre los procesos declarativos. En otro artículo publicado en esta misma revista<sup>16</sup> en marzo de 2019, sobre la incidencia del TJUE en la jurisdicción civil y mercantil, me refería, como parte sustancial del balance de esa incidencia, a lo que ya por entonces se denominaba *revolución procesal*. Somos jueces de la Unión, pero no disponemos de normas procesales comunitarias y hemos visto como el pomposo principio de autonomía procesal de los Estados miembros, formalmente

solo limitado por los principios de equivalencia y efectividad –principios Rewe– ha ido perdiendo terreno en la medida en la que el TJUE ha endurecido las exigencias del test de efectividad y/o enlazando el contenido del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con esos principios Rewe. Buen ejemplo de ello ha sido el cataclismo de las costas procesales a raíz de la STJUE de 16 de julio de 2020.

La cuestión prejudicial C-869/2019 se plantea en un litigio en el que la prestataria –consumidora– pretendió en la demanda la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula suelo y la restitución de todas las cantidades indebidamente cobradas por el banco en aplicación de dicha cláusula o, subsidiariamente, de las cobradas a partir del 9 de mayo de 2013, en aplicación de la jurisprudencia vigente en ese momento. En primera instancia se declaró la nulidad de la cláusula suelo y se estimó la pretensión restitutoria subsidiaria, con imposición de costas a la entidad bancaria. La prestataria no apeló ni impugnó la sentencia, por lo que la desestimación de la restitución de lo cobrado hasta el 9 de mayo de 2013 quedó firme, y el banco solo discutió en segunda instancia la imposición de costas procesales. La sentencia de segunda instancia, que estimó el recurso de apelación del banco, se dictó el 13 de enero de 2017, unos días después de que el TJUE dictara la sentencia *Gutiérrez Navarro* de 21 de diciembre de 2016<sup>17</sup>, en la que declaró que el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas previsto en el artículo 6. 1 de la Directiva 93/13/CEE no permitía limitar en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo.

<sup>16</sup> *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 94. Marzo, 2019. Blázquez Martín, R.: “La incidencia del TJUE en la jurisdicción civil y mercantil”. <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/01/Articulo-Raquel-Blazquez.pdf>.

<sup>17</sup> Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.

La defensa de la prestataria no llegó a invocar ante la Audiencia la sentencia del TJUE, ni tampoco el tribunal se planteó de oficio si ese pronunciamiento le permitía reconsiderar la desestimación de la pretensión restitutoria principal que, como se ha indicado, había quedado firme. Es a través del recurso de casación que interpone la prestataria cuando se cuestiona si la no restitución íntegra de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula suelo, infringe el artículo 1303 CC en relación con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. En esta tesitura, no había ninguna solución fácil. Si se da mayor peso al principio de no vinculación, el resultado final es que la entidad bancaria ve perjudicada su posición, pese a ser la única parte apelante, de modo que cederían los principios procesales concernidos, esencialmente los de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que forman parte, en la visión del TC, del derecho a la tutela judicial efectiva. En particular, el TC ha blindado la protección de la prohibición de reforma peyorativa con el argumento de que, de admitir que los órganos judiciales pueden modificar de oficio, en perjuicio del recurrente, la sentencia impugnada únicamente por este, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con las exigencias de la tutela judicial efectiva.

Y si, por el contrario, se aplican los citados principios procesales, la demandante quedaría privada del efecto restitutorio íntegro inherente a las cláusulas abusivas y el principio de no vinculación sufriría una merma temporal, porque no regiría en el periodo comprendido entre la firma del préstamo hipotecario –22 de marzo de 2006– y el 9 de mayo de 2013.

Para resolver este dilema, no podía acudir a la doctrina *Cifit* de los actos cla-

ros o aclarados. El TJUE ha explicado, en muchas sentencias, que la protección del consumidor no es absoluta, que el principio de efectividad no puede llegar a suplir íntegramente su total pasividad y que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de la Directiva 93/13; en otras tantas resoluciones, ha reflexionado sobre la importancia de los principios procesales basados en las exigencias de seguridad jurídica, buena administración de justicia y respeto a un proceso con las debidas garantías<sup>18</sup>. Ni que decir tiene que se ha pronunciado, también ampliamente, sobre las consecuencias del principio de efectividad del derecho de la Unión y del principio de no vinculación de las cláusulas abusivas. Pero, hasta ahora, no ha abordado la ponderación entre estos dos elementos en tensión en un ordenamiento como el español.

Ciertamente, sobre el ejercicio del control judicial de la abusividad durante la segunda instancia, la STJUE de 30 de mayo de 2013 (C- 397/11, Erika Jörös), sobre un préstamo en divisas, en Hungría, amparó esa posibilidad, como también lo hizo otra sentencia dictada el mismo día, 30 de mayo de 2013, en el asunto 488/11 (Man

18 En particular, sobre la prohibición de reforma peyorativa, la STJUE de 25 de noviembre de 2008, Heemskerk y Schaap, C-455/06, ECLI:EU:C:2008:650, en un marco diferente –restituciones a la exportación– consideró que el Derecho de la Unión no puede obligar a un órgano jurisdiccional nacional a aplicar de oficio la normativa de la Unión cuando tal aplicación provoque que no se aplique el principio procesal nacional de prohibición de la *reformatio in peius*. Tal obligación vulneraría no sólo los principios de respeto del derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, que subyacen a la citada prohibición, sino que expondría al particular que interpuso un recurso contra un acto lesivo al riesgo de que tal recurso le sitúe en una posición más desfavorable que aquella en la que estaría si no hubiera interpuesto dicho recurso.



Garabito), que resolvió una cuestión prejudicial planteada por Países Bajos sobre la abusividad de una cláusula penal incluida en un contrato de arrendamiento concluido según condiciones generales. Pero en ambos casos, existía una norma de derecho nacional que permitía expresamente que, en determinados casos, los órganos de segunda instancia se pronunciaran sobre cuestiones no planteadas en el recurso, por lo que el principio de equivalencia facilitó la solución. En el caso español, la prohibición de la reforma peyorativa del artículo 465.5 LEC dibuja un escenario completamente distinto, porque tradicionalmente ha actuado como muro de contención de la actuación de oficio de los tribunales de segunda instancia incluso en los casos en los se ven comprometidos principios de orden público.

Se trasladan, en fin, al TJUE las dudas sobre las limitaciones que las normas procesales suponen para la efectividad del principio de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas.

Las conclusiones del Abogado General Tanchev<sup>19</sup> se hacen eco de las peculiaridades de los litigios sobre cláusulas suelo y de la necesidad de ponderación entre fuerzas contrapuestas: la protección del consumidor no es absoluta, pero tampoco lo son los principios procesales que rigen los efectos de las cláusulas abusivas. El TJUE, dice Tanchev, adopta un planteamiento equilibrado en relación con la interacción entre las normas procesales nacionales y los requisitos previstos en la Directiva 93/13, garantizando al mismo tiempo que dichas normas no socaven el sistema de protección de los consumidores establecido por

esta Directiva. La cuestión es cómo trasladar ese planteamiento equilibrado al caso concreto.

Y, en ese ejercicio de traslación, el Abogado General considera que en las circunstancias del litigio, el hecho de que la prestataria no apelara la desestimación de su pretensión restitutoria principal se justifica porque durante el plazo del recurso estaba vigente el criterio jurisprudencial establecido por la STS de 9 de mayo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, que no era favorable a sus pretensiones. Concluye, por todo ello, que los principios procesales invocados van en contra del principio de efectividad, puesto que hacen imposible o excesivamente difícil garantizar la protección que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 confiere a los consumidores.

La sentencia del TJUE será muy relevante porque hay un considerable número de procesos afectados. El auto de planteamiento explica que cuando se dictó la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, se estaban tramitando decenas de miles de litigios judiciales sobre cláusulas suelo, que se encontraban en diferentes estadios procesales, y, en muchos de ellos, las demandas habían limitado los efectos restitutorios pedidos, con carácter principal o subsidiario, a las cantidades abonadas después del 9 de mayo de 2013. La variedad de situaciones procesales generadas en este contexto es considerable, de modo que la sentencia del TJUE será clave para resolverlas y, aunque la solución que en definitiva se adopte no sea enteramente extrapolable a situaciones diferentes a las de las cláusulas suelo afectadas por la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, puede dar pistas importantes para resolver otros escenarios de enfrentamiento entre los principios procesales nacionales, por un lado, y los principios de efectividad y no vinculación de las cláusulas abusivas, por otro.

---

<sup>19</sup> ECLI:EU:C:2021:617 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=02AD7350071DBC626609BB30D9728214?text=&docid=244206&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=65730>.

#### **4. La cuestión prejudicial C-561/21 (Banco Santander). El plazo de prescripción de las reclamaciones por los gastos de los préstamos hipotecarios asumidos por el deudor**

El auto del Pleno de 22 de julio de 2021, por su parte, ha dado lugar a la cuestión prejudicial C-561/21, sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor a un tercero como consecuencia de una cláusula abusiva que impone al prestatario el pago de todos los gastos generados por la concertación de un préstamo hipotecario.

Se trataba de un préstamo hipotecario de 1999 que incluía esa cláusula de atribución a los prestatarios del pago de todos los gastos generados por el contrato. En 2017, los prestatarios presentaron la demanda en la que solicitaban la nulidad de la cláusula en cuestión y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. En primera instancia esa demanda fue estimada y se condenó a la entidad prestamista a abonar a los prestatarios diversas cantidades que estos habían pagado en concepto de gastos de notaría, registro de la propiedad y gestoría, más sus intereses legales desde la fecha de los pagos. En cambio, la Audiencia declaró prescrita la acción de reclamación de las cantidades abonadas, considerando como día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución –de quince años, por las circunstancias temporales del caso– la fecha en que los consumidores habían hecho los pagos indebidos, en el año 1999, por lo que la acción estaba prescrita en 2017.

Respecto de la prescripción de la acción para revertir las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de una cláusula abusiva, el TJUE ya ha declarado que la

fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para formular la reclamación judicial, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15). También ha declarado que corresponde regular la prescripción de esta acción al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos. De nuevo, conforme a los principios *Rewe*, las condiciones de esta regulación no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad; sentencia de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19).

El derecho español se ha caracterizado, tradicionalmente, por plazos muy amplios de prescripción (el plazo general del art. 1964 CC era de quince años hasta la Ley 42/2015, de 5 de octubre) y por una considerable facilidad de interrupción: basta cualquier reclamación extrajudicial y, una vez interrumpido el plazo, se reinicia de nuevo en toda su extensión.

La mayor dificultad de estos supuestos es cómo conjugar la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad absoluta –a las que se adscribe la acción de nulidad por abusividad– y la sujeción a plazo de la acción de remoción de efectos de los contratos o cláusulas nulas, entendida como acción de naturaleza personal sometida al régimen de prescripción del art. 1964 (15 años hasta el 7 de octubre de 2015 y 5 años a partir de entonces).

Estamos, pues, ante una puesta en escena diferente del mismo enfrentamiento entre dos bloques de principios ampara-

dos por el TJUE: de un lado, el principio de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima<sup>20</sup> y, por otro lado, los principios de efectividad del derecho de la Unión y de no vinculación de las cláusulas abusivas.

Tampoco en este caso podía obviarse el planteamiento de una cuestión prejudicial acudiendo a la doctrina del acto claro o aclarado. El TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la prescripción de las acciones de restitución posteriores a la declaración de abusividad de una cláusula, como se resume en la STJUE de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19<sup>21</sup>, ECLI:EU:C:2021:470. Cobra especial importancia, en el compendio de esas sentencias, la STJUE de 16 de julio de 2020, Caixabank SA y BBVA, porque da respuesta a una cuestión prejudicial española. El TJUE ha descartado que sea compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza «desde la celebración del contrato». Por otro lado, ha considerado que tampoco es compatible con la Directiva establecer como día inicial del plazo el día en que se realizó el pago (STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU:C:2019:930). Por último, ha descartado también que el plazo pueda empezar a correr con el cumplimiento íntegro del contrato (TJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, EU:C:2020:537).

En consecuencia, solo quedan dos posibilidades. La primera de ellas es identificar el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución con la fecha de

la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución, equivalente a una fórmula matemática de (infinito+x), podría colisionar con el principio de seguridad jurídica, porque convierte la acción de restitución en imprescriptible y -como el cumplimiento del contrato no es un obstáculo- podría ejercitarse sobre contratos consumados y extinguidos desde hace décadas, sin ningún límite temporal. La segunda alternativa pasaría por anudar el día inicial del plazo prescriptivo, bien a la fecha en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato, bien a la STJUE de 16 de julio de 2020, que admitió que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción.

La tramitación de esta cuestión prejudicial ha quedado en suspenso hasta la resolución de las cuestiones C-80/21 a C-82/21 (acumuladas) planteadas por el Tribunal de Distrito de Varsovia-Śródmieście (Polonia) aunque realmente solo la tercera de ellas afecta a la prescripción, en estos términos: «¿Deben interpretarse los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios de equivalencia, efectividad y seguridad jurídica en el sentido de que se oponen a una interpretación judicial de disposiciones nacionales según la cual la acción de un consumidor para reclamar la restitución de importes pagados indebidamente con arreglo a una cláusula abusiva de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor prescribe transcurrido un plazo de diez años, que empieza a correr desde la fecha de cada uno de

20 STJUE de 15 de abril de 2021, C-798/18 y 799/18, ECLI:EU:C:2021:280 y las que en ella se citan.

21 Esta sentencia resume las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18, EU:C:2020:537; de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, Caixabank SA y BBVA, EU:C:2020:578; y 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU:C:2019:930.

los cumplimientos de la prestación por el consumidor, incluso cuando el consumidor desconocía el carácter abusivo de dicha cláusula?».

El TJUE ya suspendió, por el mismo motivo, la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de Barcelona sobre la misma materia (C-484/21). Con posterioridad a esas decisiones de suspensión (en el caso de la cuestión planteada por el TS, la suspensión se comunicó el 22 de noviembre de 2021), la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona ha planteado una nueva cuestión por auto de 9 de diciembre de 2021, sobre tres litigios iniciados por demandas presentadas entre 11 y 14 años después de la firma de los respectivos préstamos y de los pagos realizados en virtud de la cláusula nula, en relación con el plazo de prescripción de 10 años establecido en el Código Civil de Cataluña, que duplica el plazo equivalente del CC.

Su artículo 121.23 contiene una formulación de la doctrina de la *actio nata* («El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse») más precisa que la norma homóloga del Código Civil (art. 1969). Además de las especialidades del derecho catalán, la Audiencia de Barcelona interpreta que la STJUE de 22 de abril de 2021 (asunto Profi Credit Solvackia, C-485/19, EU:C:2019:930) no considera en todo caso contrario al principio de efectividad que se compute el plazo desde el pago de los gastos afectados por la cláusula nula. En este punto, la Audiencia de Barcelona parece disentir del planteamiento del auto del TS y entiende relevante despejar la duda de si el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula por el consumidor recae únicamente sobre los elementos de hecho que

justifican la abusividad o abarca también la valoración jurídica de esos hechos. En el primer caso, podría ser suficiente con el pago de la última de las facturas, momento en que la cláusula agota por completo sus efectos. En el segundo caso, la Audiencia se plantea otras alternativas diferentes a las expuestas por el TS, por referencia a otras sentencias del TS que considera relevantes: la STS de 16 de diciembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:8466; la STS de 23 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5618, teniendo en cuenta que distintos tribunales de instancias inferiores se habían pronunciado sobre la validez de la misma cláusula en acciones individuales promovidas por consumidores; o la STS de 9 de mayo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1916, sobre la nulidad de las cláusulas suelo que no cumplan los requisitos de transparencia.



Abraham Bosse, *Justice*, 1636

# La protección procesal de los consumidores

Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

## 1. La crisis de la litigación masiva

El orden jurisdiccional civil ha cambiado sustancialmente en la última década. Desde la crisis de 2007, la sentencia Aziz y la inflación legislativa, el fenómeno de la litigación masiva se ha instalado en los juzgados civiles y mercantiles, en muchos casos desbordados por la ingente cantidad de reclamaciones que se plantean, difícil de gestionar ante lo limitado de los recursos disponibles. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Supremo (TS), anima a muchos consumidores a formular reclamaciones. La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha propiciado numerosas cuestiones prejudiciales, que evidencian la sensibilidad de la jurisdicción civil respecto de los abusos de la contratación en masa.

La adaptación legislativa española no siempre ha sido razonable. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que pretendía resolver las reclamaciones derivadas de la anulación de cláusulas suelo, no ha sido capaz de resolver el problema. Creo que la explicación es que se empeñó en que fueran los clientes bancarios quienes promovieran el proceso de reclamación, en lugar de obligar a las entidades bancarias a dar satisfacción sin necesidad de petición. Las entidades han descubierto que no

aceptando todas las reclamaciones, pese a que las cláusulas en cuestión son idénticas, obligan al cliente a tener que escoger entre acudir a los tribunales o desistir de su pretensión. La mayoría, ante los costes e incertidumbre que acarrea un proceso judicial, optan por no reclamar, de manera que un simple cálculo actuarial permite constatar el enorme ahorro que supone no atender las reclamaciones ni proceder a indemnizar de oficio. El proceso judicial disuade, y no hay consecuencia alguna si una reclamación legítima no se atiende.

Además, el RDL 1/2017 se preocupó más de regular el régimen fiscal de las indemnizaciones que pudiera establecer, a cargo de los consumidores que las percibieran, que de disciplinar alguna sanción frente a la denegación injustificada, o al menos del rechazo sistemático, de las que pudieran producirse. De este modo no hay incentivo alguno para resolver las reclamaciones de los consumidores fuera del proceso judicial: no hay consecuencia sancionadora si no se actúa de oficio, y no la hay si presentada la reclamación, no se atiende pese a ser procedente.

Se constata, por otro lado, el fracaso del sistema de reclamación extrajudicial si se examinan los informes de la Comisión de seguimiento, control y evaluación que había previsto la DF 3ª del RDL 1/2007. Así, en agosto de 2018 se habían formulado 1.166.485 reclamaciones, de las que se habían inadmitido 403.104, y se habían desestimado 226.148. Hay datos de que

las 517.502 admitidas supusieron entregar a los clientes bancarios un total de 2.292.538.585 euros, pero no aparecen los datos, seguramente porque no se solicitaron, de a cuánto ascendía el total de las reclamaciones efectuadas. En los gráficos que recoge ese informe se recoge una constante reducción del número de reclamaciones pasando de 20.548 en octubre de 2017 a 3.580 en agosto de 2018, en una persistente disminución.

Las conclusiones del informe de la Comisión de seguimiento, el número de solicitudes inadmitidas o rechazadas, un total de 629.252, supera ampliamente el de las acogidas, que suman 517.502. El problema se desplaza entonces a los juzgados, porque más de la mitad de las solicitudes hechas a la banca han fracasado. Este fracaso no ha propiciado ninguna reacción conocida en los reguladores. Se han incrementado, sin duda, los controles preventivos, puesto que la inspección del Banco de España ha publicitado intensamente que hay una voluntad clara de evitar nuevos abusos. Pero no se ha reaccionado suficientemente frente a la situación precedente, pese a los reiterados pronunciamientos de la jurisprudencia y los tribunales, e incluso la queja del Congreso de los Diputados, que ha reprochado al Banco de España que “miró para otro lado”.

En nuestro caso, no se ha promovido que sean las entidades quienes den satisfacción a los clientes bancarios, sean o no consumidores. Ni hubo voluntad legislativa, ni se han adoptado por los reguladores medidas eficaces para resolver las reclamaciones legítimas de, cuando menos, los consumidores. No ha habido un nítido mensaje de que había que reintegrar a los clientes las cantidades indebidamente recibidas, ni amenaza de sanción por no verificarlo.

Es notoria la resistencia de las entidades financieras a atender reclamaciones

privadas de los consumidores, que acudían a sus oficinas para pretender que se apartaran y se indemnizaran los perjuicios causados. Pero la vía privada, la reclamación en ventanilla o en los servicios de atención al cliente se han topado con un persistente rechazo a atender las reclamaciones. El cálculo se ha realizado con criterios exclusivamente económicos, despreciando el coste reputacional: si no se atienden las reclamaciones, la mayoría de los clientes no van a acudir, por importes poco relevantes, a la vía judicial, que obliga a gastos de postulación (abogado y procurador) que disuaden en un grado tan elevado que es más rentable perder algunos pleitos que acceder a reclamaciones legítimas.

Tal cóctel propicia las masivas reclamaciones en los tribunales. Sin duda animados por asociaciones de consumidores o, más descarnadamente, despachos profesionales que han intuido un importante nicho de negocio, los clientes bancarios han decidido arriesgarse a reclamar pese al coste en tiempo y dinero, que supone todo litigio. Y acertaron en su especulación, pues los tribunales han admitido sistemáticamente sus pretensiones, pues el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha dado a conocer que el 96,32 % de los casos resueltos en el primer trimestre de 2019 (en el que se produjo un incremento de asuntos de 122,7 %), se estimaron las demandas de los clientes bancarios. Continúa así una tendencia que el propio CGPJ ha constatado en anteriores informes.

Todo ello ha supuesto abonar un alto precio. Ni la mayoría de los consumidores ven satisfechas sus reclamaciones, arredrados por el coste del proceso judicial, ni la administración de justicia, tradicionalmente precaria, ha sido capaz de absorber un ingente número de demandas que han tenido que residenciarse en juzgados co-

lapsados que son incapaces de atender en un plazo razonable esta ola de litigiosidad.

## **2. Insuficiencia de las acciones colectivas e inexistencia de indemnizaciones punitivas**

Frente a nuestra regulación, en otros países las *class actions* o acciones colectivas han funcionado eficazmente, dando respuesta a la masificación de procedimientos en los que se ven envueltos un gran número de afectados de difícil identificación. En el nuestro se incorporaron a los arts. 11, 221 y 519 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), de modo que existe una experiencia de dos décadas que permite hacer algún balance, poco positivo.

El instrumento de las acciones colectivas ha servido para obtener la anulación de cláusulas abusivas, como demuestran las usadas contra las cláusulas de redondeo, suelo o gastos hipotecarios. Sin embargo, no han sido útiles para convertir esas declaraciones en indemnización para los afectados, que han tenido que acudir a procedimientos de reclamación individual. En su fracaso tiene responsabilidad tiene la judicatura, tanto por una aplicación restrictiva de la regulación legal, que ha llegado a impedir el ejercicio de acciones individuales si se habían ejercitado acciones colectivas, lo que tuvo que corregir la STJUE 14 abril 2016, C-381/14 y 385/2014, como por la construcción jurisprudencial de la incorporación transparente, que sobre todo en el caso de la cláusula suelo, teóricamente obliga a analizar caso por caso si hubo explicación suficiente al consumidor, cuando la realidad procesal ha demostrado que sistemáticamente se aprecia sin más necesidad que aportar la copia de la escritura que documenta el préstamo con garantía hipotecaria.

El éxito de las acciones colectivas es parcial. Han sido efectivas para declarar la abusividad de cláusulas, pero no para lograr condenas dinerarias, de modo que hay que revisar la regulación legal y facilitar que se puedan sumar estas reclamaciones. Una fórmula a explorar es que al margen de que cada afectado pueda tratar de demostrar daños concretos, se permita a los tribunales fijar una indemnización-tipo, que para cualquiera que acuda a reclamar a los juzgados, acreditando exclusivamente que tenía en su contrato una cláusula abusiva, le autorice a reclamar el importe señalado por el tribunal, aunque no pueda demostrar en el caso concreto los daños específicamente padecidos. Ciertamente es un cambio de paradigma, pues en nuestro ordenamiento jurídico los daños no son punitivos, como en el sistema americano, sino indemnizatorios, por el perjuicio concretamente causado. Pero no parece extravagante que en un ámbito concreto, el de la contratación masiva con consumidores, se dispongan estas facultades que mezclan la indemnización con la sanción, con el fin no sólo de reparar el daño causado, sino de evitar que las prácticas continúen teniendo lugar, con otras fórmulas, tratando de disuadir a quienes predisponen cláusulas abusivas para que no reiteren esas conductas contrarias al mercado libre y transparente que persigue la Unión Europea.

## **3. La expectativa del proyecto: extensión de efectos**

Hay otra materia en la que queda mucho por avanzar, y el anteproyecto de ley de eficiencia procesal aporta novedades. Uno de los fracasos del sistema procesal que introdujo las acciones colectivas tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es el de la extensión de efectos. Un sistema que ha funcionado con bastante

Cornelis Cort, *Justice Rewards Toil*, 1566

eficacia tras la previsión del art. 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), no ha corrido idéntica suerte en el orden jurisdiccional civil. Son contados los casos en que se ha aplicado la previsión del art. 519 LEC, que permite la extensión de efectos al caso particular en fase de ejecución, sin pasar por el procedimiento declarativo, con una simple solicitud y tras audiencia del condenado, resolviendo el tribunal mediante un simple auto que declara si es posible que se apliquen las previsiones de la sentencia condenatoria a quien lo ha solicitado.

Lo que organiza el art. 519 LEC sólo es posible si la acción ejercitada ha sido colectiva, pues el precepto se remite a las sentencias a que alude el art. 221 LEC, es decir, las *"dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley"*, que son las acciones colectivas que disciplina tal norma. En consecuencia, si no existió previamente una acción

colectiva que triunfara y determinara una sentencia condenatoria, no cabe en la actualidad solicitar la extensión de efectos al caso concreto de otro consumidor.

Con pocos cambios podría acabarse con la ineficiencia del precepto. Bastaría que se permitiera la extensión de efectos también en acciones individuales. Si ha existido una previa condena firme por una cláusula abusiva idéntica en un juzgado concreto, cualquier otro afectado por idéntica previsión contractual tendría que poder solicitar la extensión de efectos a su caso. El sistema sería idéntico al señalado en el art. 519 LEC o 110 LJCA, es decir, petición, audiencia del profesional condenado que predispuso esa cláusula calificada como abusiva, y resolución del tribunal mediante auto. Esto permitiría que pudiera acudir al propio lugar de residencia del interesado, si ya hubo un precedente, facilitando el acceso al tribunal que ya ha sentenciado de una forma, con una sentencia que es firme, y cuyos efectos puede extender al nuevo solicitante. Se evita de este modo tanto el procedimiento declarativo,



que puede demorarse meses, como el coste del proceso, tanto para el consumidor, que tendrá que atender sólo la minuta de ese incidente y no la de todo un proceso, como del banco o profesional previamente condenado, que no tendría que afrontar nuevas costas si, como está sucediendo hasta la fecha, se producen condenas prácticamente en la totalidad de los casos en que se reclama.

#### 4. Por una presunción de la condición de consumidor

La deficiente protección del consumidor en el proceso civil obliga a estudiar un conjunto de medidas que podrían adoptarse para mejorar la respuesta social e institucional, y cuando sea precisa, judicial, a las reclamaciones masivas de las personas consumidoras y los clientes que no son consumidores pero están protegidos por las normas como adherentes (en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación), o personas físicas (en la Ley 5/2019, de 15 marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, o la Ley 22/2004, de 9 de julio, Concursal).

En primer lugar, que en nuestro ordenamiento jurídico está permitida la sobregarantía, prohibida en otros. El debate es si tiene sentido que además de la responsabilidad personal patrimonial universal que siempre acompaña a toda obligación, conforme al art. 1911 del Código Civil, cuando se constituye también una garantía hipotecaria que separa del patrimonio un inmueble que en principio tiene valor suficiente para atender la deuda garantizada, es admisible que se exijan avales de terceros, casi siempre personas del entorno familiar cercano (cónyuges, padres, hijos...), a los que además se hace renunciar a los derechos que caracterizaban la fianza,



Antonio Pollaiuolo, *Allegory of Justice*, 1470

como el beneficio de excusión, división u orden, convirtiéndolos en deudores solidarios. Países de la Unión Europea no admiten estas fórmulas de sobregarantía, que consideran endeudan y perjudican a los afectados, declarando la nulidad de estas prácticas, tan extendidas en nuestro país.

Por otro lado, debe estudiarse la escasa efectividad del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Aún está por desarrollar una normativa que garantice que lo que declara el registro tenga efectos *erga omnes*. De hecho, podría habilitarse que una simple certificación de tal registro fuera título ejecutivo suficiente para dirigirse contra el predisponente

que no retire, tras una solicitud privada, la cláusula y su eventual aplicación al cliente afectado por una cláusula registrada como abusiva en tal registro. Fórmulas hay para tratar de evitar que este registro carezca, como hasta la fecha, de una eficacia real para atajar la utilización de cláusulas que diversos tribunales han calificado como abusivas.

Finalmente, una levisima reforma en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios facilitaría la posición de la ciudadanía. Se

trataría de introducir una presunción legal de que las personas físicas, salvo prueba en contrario, tienen la condición de consumidores. Se desplazaría la carga de la prueba de los clientes de cualquier tipo de bienes o servicios, que tienen que acreditar la condición de consumidores, a las empresas que son demandadas, a quienes correspondería negar y probar, en su caso, que la contratación se hizo por un profesional. Una forma de otorgar tutela real a las personas consumidoras, como exige el art. 51 de nuestra Constitución.

# Protección de los consumidores en procedimientos sobre defensa de la competencia. Un nuevo campo de batalla

José M<sup>a</sup> FERNÁNDEZ SEIJO

«¿Cuánto tiempo es para siempre?  
A veces, solo un segundo.»

*Alicia en el País de las Maravillas*  
Lewis Carroll

## 1. Una primera aproximación

Si tuviera que destacarse cuál ha sido el principal hito en la litigación civil y mercantil de los últimos 10 años, sin duda habría que hacer referencia a los procedimientos que afectan a la defensa de consumidores y usuarios frente a cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación. La incidencia de este tipo de reclamaciones no sólo es trascendente desde un punto de vista cuantitativo, se cuentan por miles las demandas presentadas a partir de 2013, procedimientos que han colapsado los juzgados; sino también desde un punto de vista cuantitativo, dado que han cambiado sustancialmente las reglas procesales y el papel de los tribunales cuando aparece como demandante o demandado un consumidor.

El principal motor que ha dinamizado esta avalancha de procedimientos judiciales ha sido la normativa de la Unión Europea a partir de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, fundamentalmente, la jurisprudencia que

ha ido construyendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dando una dimensión en principio impensable a dicha Directiva. El papel jugado por el TJUE no sólo ha incrementado el número de cuestiones prejudiciales planteadas para la interpretación de esta normativa, sino que también ha marcado la evolución de la jurisprudencia interna de los distintos estados de la Unión. Así, la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>1</sup> recuerda que pueden plantearse cuestiones prejudiciales no sólo frente a legislaciones internas que puedan contradecir u oponerse a la normativa comunitaria, sino también frente a una jurisprudencia nacional que propugne una interpretación contraria a la normativa comunitaria y a la propia jurisprudencia del TJUE; por eso el Tribunal advierte que «habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).»

---

<sup>1</sup> Asuntos acumulados C-154/15, 307/15 y 308/15, identificados como caso Gutierrez Naranjo. ECLI:EU:C:2016:980.

Al observar el fenómeno de la litigación que surge con la transposición al derecho español de la Directiva 2014/104<sup>2</sup>, también conocida como Directiva de daños, destacan algunas características ya anticipadas por el fenómeno de las demandas vinculadas a las reclamaciones de consumidores. En ambos casos se constata la presencia de un nuevo modo de pleitear, asentado en una situación de desequilibrio material y procesal entre las partes, la entrada en los procedimientos de grandes plataformas de afectados que optan por el ejercicio de acciones individuales muy similares en vez de acciones colectivas, una publicidad muy agresiva en los medios para captar clientela y la presentación de miles de procedimientos simultáneamente en distintos juzgados de toda España.

Una primera aproximación a los procedimientos que surgen de las normas sobre defensa de la competencia<sup>3</sup> podría llevar a pensar que en las demandas en las que se invocan estas disposiciones no tendrían que verse afectados los derechos de los consumidores; en el caso español las primeras demandas presentadas afectaban a prácticas colusorias en el mercado de las estaciones de servicio (el cártel de las gasolineras), en el ámbito de las telecomunicaciones, últimamente en la compra de vehículos pesados (el cártel de los camiones). Inicialmente los procedimientos se desarrollaban ante la jurisdicción contencioso-administrativa por medio de los recursos planteados frente a decisiones sancionadoras de los órganos fiscalizadores de la competencia, pero no tardó en normalizarse la presentación de

demandas en la jurisdicción mercantil, donde los afectados por estas prácticas colusorias podían reclamar los perjuicios causados por estos comportamientos contrarios a la libre competencia.

Una parte importante de los procedimientos mercantiles se ventilaban entre empresarios que intervenían en el mercado: la empresa que participaba en un cártel y la empresa que sufría las consecuencias de las prácticas ilícitas. Pero nada impide que un consumidor, adquirente de un bien o usuario de un servicio, pueda verse afectado también por esos comportamientos anticompetitivos. La sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) a los fabricantes de turismos<sup>4</sup> o la Decisión de la Comisión Europea sobre la manipulación del índice Euribor<sup>5</sup> permiten pensar que los afectados finales de estos comportamientos ilícitos no sólo pueden ser empresas, sino también consumidores.

En cierta medida la normativa europea sobre protección de consumidores y la normativa sobre prácticas colusorias pueden funcionar de modo complementario. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 advierte que *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*. Las sanciones impuestas por la Comisión Europea por actos concertados que afectan a la libre competencia (artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) suelen afectar directa o

2 Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

3 Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia.

4 Expediente S/0471/13, Concesionarios Audi/Seat/VW.

5 Asunto AT.39914, Derivados sobre tipos de interés en euros.

indirectamente a los precios. Por lo tanto, un consumidor podría acudir a las normas sobre funcionamiento de la libre competencia para poder denunciar los perjuicios sufridos por prácticas colusorias que han terminado por alterar el precio u otros elementos que integren el objeto principal de un contrato.

Algunos abogados que hasta la fecha se habían especializado en procedimientos de protección de consumidores frente a cláusulas abusivas, empiezan a posicionarse también en procedimientos de reclamación de daños por prácticas colusorias en las que existe una previa sanción administrativa de las autoridades de competencia.

## 2. Marco legal

Aunque los regímenes legales de las acciones frente a las cláusulas abusivas y las acciones frente a los daños derivados de sanciones de competencia son claramente distinguibles<sup>6</sup>; sin embargo, cuando se analizan las exposiciones de motivos de las Directivas que establecen ese marco legal se observa una coincidencia clara en los objetivos del legislador europeo, garantizar que no se falsee la competencia en el mercado interior. Ambas normas surgen de la preocupación por prácticas de empresas y empresarios que puedan afectar al buen funcionamiento del mercado, en concreto, a la transparencia en las prácticas comerciales.

Ese sustrato común de garantizar el correcto funcionamiento del mercado asume

que hay una situación de desequilibrio en el funcionamiento del mercado, que hay una parte más poderosa que tiene la capacidad de imponer sus condiciones a una parte más débil.

El objetivo del legislador europeo no es sólo garantizar que el mercado único funcione de modo transparente en todo el territorio de la Unión, sino también evitar que esas situaciones de desequilibrio que pueden producirse en el mercado lleguen también al proceso civil, al momento en el que esa parte más débil decide reclamar por los perjuicios que causa en su patrimonio esa distorsión.

Para paliar ese contagio en el procedimiento judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque reconoce autonomía a cada uno de los Estados para establecer las reglas de los procedimientos judiciales, advierte que estas reglas no pueden impedir o dificultar gravemente el acceso de esa parte más débil a las garantías procesales, por esas razones el TJUE no duda en actuar como «*legislador negativo*» y advertir que determinadas disposiciones de las leyes de enjuiciamiento pueden comprometer el cumplimiento de los objetivos de la Directiva.

Esta función del TJUE ha determinado que, en el caso español, se hayan tenido que introducir no sólo modificaciones en las leyes materiales, sino también en la estructura del procedimiento civil para garantizar el completo desarrollo de las Directivas.

## 3. Sobre los actos contrarios a la libre competencia y al normal funcionamiento del mercado

Los actos contrarios a la libre competencia se regulan tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como en la Ley 15/2007, de Defensa de

<sup>6</sup> La Directiva 93/13 se incorpora al derecho español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007).

La Directiva 2014/104 se transpone al derecho interno por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

la Competencia, distinguiendo entre actos colusorios y abuso de la posición de dominio.

Son actos colusorios:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Son actos que evidencian un abuso de la posición de dominio:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Este es el redactado de los artículos 101 y 102 del TFUE, que se corresponden con el artículo 1 y 2 de la Ley española. Además, por la vía de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991) se pueden cuestionar

todas aquellas actuaciones en el mercado en las que, por medio de una infracción de normas se consiga una ventaja competitiva (artículo 15).

Mientras que en los sistemas de defensa de consumidores frente a cláusulas abusivas las acciones que pueden ejercitarse son, en principio, de naturaleza contractual, es decir, se dirigen a conseguir la nulidad de condiciones incluidas en contratos de adhesión. En el ámbito de la defensa de la competencia las acciones son de naturaleza extracontractual ya que no se derivan de la posible existencia de un contrato entre el perjudicado y la empresa que causa o favorece el comportamiento colusorio o que abusa de la posición de dominio, sino del acto en sí mismo, lo que determina que las acciones que surjan se hayan considerado de naturaleza o de carácter extracontractual, lo que lleva a hacer algunas consideraciones especiales en materia de legitimación activa y pasiva, también en cuanto al plazo para el ejercicio de las acciones.

Las acciones que nacen de la normativa europea o española en materia de libre competencia tienen como punto de partida la prueba de un comportamiento ilícito. Ese comportamiento puede probarse a partir de una decisión sancionadora de la autoridad competente (Comisión europea o Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), o pueden plantearse a partir de la propia demanda civil que interponga el perjudicado.

Las acciones que parten de una previa decisión administrativa se conocen normalmente como acciones «*follow on*» y exigen que previamente se haya declarado la firmeza de la sanción administrativa, lo que hace que las demandas civiles se empiecen a interponerse muchos años después de que se identifique el comportamiento colusorio o abusivo. Estas acciones tienen la particularidad de que no se

discute ya el carácter infractor del comportamiento y la demanda tiene por único objeto la determinación del daño sufrido, lo que puede simplificar el procedimiento. A partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104 y las normas nacionales que la transponen, el procedimiento se simplifica todavía más ya que se presume, salvo prueba en contra, que toda sanción administrativa ha causado un daño, trasladando al infractor la carga de acreditar que pese a cometer un acto contrario a las reglas de funcionamiento limpio del mercado, no se ha producido perjuicio. Pero debe advertirse que la Directiva deja fuera de su ámbito de aplicación aquellos hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Directiva, lo que ha determinado que en los asuntos derivados del Cártel de los camiones se hayan abierto procedimientos judiciales extremadamente complicados y con muchas incidencias procesales.

Cuando el perjudicado no quiere esperar a que haya una decisión previa de la autoridad competente, puede iniciar las acciones civiles que considere oportunas, pero en estas acciones tendrá que probar que se encuentran dentro de las enumeradas como infractoras en el artículo 101 y 102 del TFUE (o 1 y 2 de la LDC española) y, además, acreditar el daño efectivamente sufrido. Estas acciones se denominan en la práctica judicial «*stand alone*».

Al igual que sucede en las acciones derivadas de las normas sobre condiciones generales de la contratación, la Ley prevé que puedan ejercitarse tanto acciones colectivas, en las que un grupo de perjudicados o una asociación de consumidores puede instar demandas en defensa de intereses de un grupo definido de perjudicados o en defensa de intereses difusos; y acciones individuales, que puede ejercitar cada uno de los afectados.

Dadas las dificultades procesales que suelen plantear las acciones colectivas, en la mayor parte de los supuestos son los particulares los que instan acciones individuales, con la particularidad de que en muchas ocasiones el ejercicio de estas acciones particulares se plantea a partir de plataformas de litigación que defienden los intereses individuales utilizando demandas muy similares que se presentan de modo mimético ante los tribunales competentes produciéndose un fenómeno de litigación en masa que puede llegar a colapsar los juzgados<sup>7</sup>.

#### 4. El plazo para el ejercicio de las acciones de defensa de la competencia

El TJUE todavía no ha terminado de fijar su jurisprudencia sobre el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de restitución de las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la nulidad de condiciones abusivas. Se parte de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad<sup>8</sup> y sin embargo, tanto la jurisprudencia nacional como la del propio TJUE permite aplicar un plazo de prescripción a la acción rescinditoria vinculada a la nulidad de las cláusulas. La Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 considera que «no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva

7 El Ministerio de Justicia impulsó en el año 2021 un anteproyecto de ley de eficiencia procesal (<https://www.mjjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>) que tenía por objeto, entre otras muchas materias, el abordar los problemas habituales de la litigación en masa, pero esta propuesta legislativa no se ha incluido entre las prioridades del Gobierno para la actual legislatura.

8 Así lo recuerda la STJUE de 9 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:537), asunto SC Raiffeisen Bank S.A.

incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad).»

Aunque el Tribunal considera que la determinación del plazo concreto para el ejercicio de las acciones es competencia de los Estados, atendiendo al principio de autonomía, sin embargo no se ha fijado una doctrina definitiva sobre la fecha inicial del cómputo del plazo ya que hay pendientes al menos dos nuevas cuestiones prejudiciales que permitirán perfilar los criterios que deben aplicar los tribunales nacionales para evitar que el plazo pueda restar efectividad en la protección de los consumidores<sup>9</sup>.

La Directiva de daños de 2014 aborda en el artículo 10 la cuestión referida al plazo para el ejercicio de las acciones manteniendo formalmente el principio de autonomía del derecho interno, pero fijando unos límites claros a esa autonomía:

«Plazos.

1. *Los Estados miembros establecerán, de conformidad con el presente artículo, las normas aplicables a los plazos para ejercitar acciones por daños. Tales normas determinarán cuándo empieza a correr el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende.*

2. *Los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de:*

a) *la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia;*

b) *que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y*

c) *la identidad del infractor.*

3. *Los Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años.*

4. *Los Estados miembros velarán por que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños. La suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.»*

Las precisiones del artículo 10 suponen una garantía para los perjudicados, que dispondrán de un plazo muy amplio (al menos 5 años) para el ejercicio de estas acciones. Sin embargo, la Directiva se aplica exclusivamente para hechos que se produzcan tras la entrada en vigor de la Directiva (26 de diciembre de 2014), por lo que las acciones judiciales por hechos anteriores quedan sujetas a las normas internas de cada Estado.

En el caso de España, el criterio jurisprudencial asentado es el de considerar que las acciones por daños quedan sujetas a las normas de la responsabilidad extracontractual, lo que ha determinado la aplicación de un plazo muy breve, el previsto en el artículo 1968 del Código civil (un año), aunque se ha planteado la

<sup>9</sup> La cuestión prejudicial C-565/2021, planteada por la Sala I del Tribunal Supremo, y la planteada por la Sección 15<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona por auto de 09 de diciembre de 2021 (- ECLI:ES:APB:2021:9348A), que todavía no ha sido admitida a trámite.



posibilidad de aplicar un plazo más amplio, bien por aplicación del plazo de 5 años previsto en la Directiva<sup>10</sup>, bien por la referencia a normas de derecho civil autonómico (Cataluña y Navarra) que establecen un plazo de 3 años.

En cuanto a la determinación de la fecha inicial para el cómputo del plazo, normalmente se referencia al momento en el que se publica la decisión sancionadora de la autoridad correspondiente, aunque es habitual que los infractores soliciten que el plazo haya de iniciarse a partir de los anuncios previos o las notas informativas emitidas por las autoridades.

La audiencia provincial de León en el Cártel de los camiones ha planteado una cuestión prejudicial referida a la determinación tanto de la fecha inicial como al plazo aplicable, el Abogado General ya ha emitido conclusiones (informe de 28 de octubre de 2021 – ECLI:EU:C:2021:884) y en breve resolverá el Tribunal. Las preguntas que plantea la audiencia de León son las siguientes:

«1) *¿Debe interpretarse el artículo 101 TFUE y el principio de efectividad en el sentido de que se oponen a una interpretación de la norma nacional que considera no aplicable retroactivamente el plazo de ejercicio de la acción de 5 años que establece el artículo 10 de la Directiva [2014/104], así como el artículo 17 sobre estimación judicial del daño, fijando la referencia de la retroactividad en la fecha de la sanción y no del ejercicio de la acción?*

2) *¿Debe interpretarse el artículo 22, apartado 2, de la Directiva [2014/104] y el término “efecto retroactivo” en el sentido*

*de que el artículo 10 de la misma es aplicable a una demanda como la ejercitada en el litigio principal, que, si bien fue presentada después de la entrada en vigor de la Directiva y de la norma de transposición, se refiere, sin embargo, a hechos o sanciones anteriores?*

3) *A la hora de aplicar una disposición como la del artículo 76 de la Ley de Defensa de la Competencia, ¿debe interpretarse el artículo 17 de la Directiva [2014/104], sobre estimación judicial del daño, en el sentido de que se trata de una norma de naturaleza procesal que será aplicable al litigio principal cuya acción se interpone con posterioridad a la entrada en vigor de la norma nacional de transposición?»*

La respuesta que pueda dar el Tribunal a estas tres preguntas puede zanjar una parte importante sobre el plazo de interposición de las demandas de daños cuando los perjudicados no sean consumidores, pero la cuestión pendiente se refiere a si el criterio que seguramente fije el TJUE sea de aplicación automática a los procedimientos en los que los perjudicados sean consumidores. Un plazo muy breve de tiempo para la interposición de las demandas (1 año), unido a las dificultades que los consumidores pueden tener para articular las acciones de daños ya que las resoluciones dictadas por las autoridades de competencia son en muchas ocasiones crípticas y pueden afectar al principio de efectividad. Será interesante comprobar si el TJUE es capaz de armonizar la jurisprudencia que hasta la fecha ha dictado en materia de prescripción y cláusulas abusivas, con la sentencia que deba dictarse en la cuestión prejudicial derivada de las preguntas hechas por la audiencia de León.

<sup>10</sup> Principio de interpretación conforme que había sido aplicada por algunos juzgados, pero rechazada por las audiencias (así, la Sentencia de la Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de Sentencia de 13 de enero de 2020 - ECLI:ES:APB:2020:184.)

## 5. Cuestiones de legitimación activa y pasiva

En cuanto a la determinación de la legitimación activa, no deberían plantearse grandes problemas en lo que afecta a los consumidores ya que las disposiciones sobre defensa de la competencia permiten reclamar a quien hubieran comprado los bienes o los servicios. En las acciones derivadas de la Directiva 93/13, la legitimación la define el propio contrato, en las acciones que puedan surgir de la Directiva 2014/104, la legitimación activa por una parte se amplía, ya que se consideran perjudicados a quienes no hubieran adquirido directamente del infractor los bienes o servicios, pero que hayan sufrido un perjuicio (por ejemplo si se han revendido los bienes a terceros). Pero, por otra parte, se puede restringir si el infractor acredita que el presunto perjudicado ha repercutido los hipotéticos daños en terceros que hayan podido integrarse en una cadena de venta de bienes o de servicios (por ejemplo, en el caso del Cártel de los camiones, la repercusión del sobreprecio pagado en las facturas de los servicios prestados por los camioneros)<sup>11</sup>.

Cuando sean consumidores los perjudicados por prácticas colusorias o abuso de posición de dominio no se producirá esa repercusión a tercero por cuanto el consumidor es el receptor final del bien o servicio y no se integran esos bienes o servicios en ninguna actividad empresarial.

Este sistema de repercusión del posible sobreprecio/perjuicio a cualquiera de los eslabones de la cadena del mercado «*aguas abajo*» puede permitir a un consumidor final dirigir sus reclamaciones frente

a empresas que no hubieran sido formalmente sancionadas, pero que hubieran intervenido como vendedores o prestadores de servicios en los que se hubiera observado una actuación ilícita.

La legitimación pasiva también genera particularidades ya que las acciones que pueden ejercitarse, tanto en el caso de sanción administrativa previa como en la acción de denuncia de comportamientos colusorios ante la jurisdicción civil, no son de naturaleza contractual, sino extracontractual, por lo que el perjudicado puede dirigir su demanda frente a entidades con las que no hubiera contratado directamente, pero a las que se pueda imputar esa actuación ilícita.

Aunque sean varias las empresas que hubieran sido sancionadas, el perjudicado no tiene porqué demandarlas a todas ellas, no funcionan las reglas del litisconsorcio pasivo necesario previsto en el artículo 14 de la LEC por cuanto no hay una norma que de modo directo e inequívoco exija demandar a todos ellos.

Es especialmente interesante la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021<sup>12</sup> en la que el Tribunal considera que es posible dirigir una demanda de reclamación de daños frente a una sociedad filial que no hubiera sido expresamente sancionada por la Comisión Europea, siempre y cuando hubiera sido sancionada la sociedad matriz. Esta jurisprudencia se asienta en un concepto de empresa que va más allá de las estructuras societarias que albergue, culminando así una serie de pronunciamientos previos que abundaban en este concepto funcional de empresa en vez de un concepto formal o exclusivamente jurídico:

«[A]l tener por objeto las actividades de las empresas, el Derecho de la Unión en materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una uni-

<sup>11</sup> Estos fenómenos de repercusión del sobrecoste se denominan en la práctica de defensa de la competencia repercusión «*aguas abajo*».

<sup>12</sup> Asunto C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800. Caso Sumal.

*dad de comportamiento en el mercado, sin que la separación formal entre diversas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda oponerse a tal unidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries/Comisión, 48/69, EU:C:1972:70, apartado 140, y de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, EU:C:2006:784, apartado 41). Por tanto, el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartados 54 y 55, y de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartados 47 y 48). Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101 TFUE, apartado 1 (sentencia de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, EU:C:2010:389, apartados 84 y 86).»*

La vía abierta por el TJUE tiene una vertiente procesal que puede beneficiar a los perjudicados y, con ello, a los posibles consumidores afectados ya que no es imprescindible demandar a las sociedades cabeceras de las sociedades sancionadas, normalmente domiciliadas fuera del país del domicilio del deudor, y pueden dirigir

la demanda contra la filial que pudiera operar en el territorio del perjudicado. De ese modo, también se evita la necesidad de traducir al idioma del demandado la voluminosa documentación que suele acompañar a estos litigios y las demoras que pueden producirse en la gestión de los actos de cooperación judicial internacional.

Este concepto funcional de empresa también puede tener algún reflejo procesal, como puede ser la interrupción de la prescripción por la comunicación o requerimiento a la filial, el emplazamiento o citación por medio de las filiales, o la realización de requerimientos documentales a esas sociedades filiales. Todas estas medidas pueden agilizar la tramitación de estos procedimientos.

## **6. Los problemas de la prueba del daño sufrido**

La Comisión Europea es consciente de las dificultades que en muchas ocasiones puede plantear el ejercicio de estas acciones de daños, tanto en las acciones posteriores a una sanción administrativa como las acciones autónomas. Las reglas generales del procedimiento civil (artículo 217 de la LEC) trasladan a la parte actora la obligación de acreditar los hechos constitutivos de sus pretensiones. Sin embargo, en la práctica judicial se ha considerado que, aunque no sea posible la aplicación directa de la Directiva 2014/104, ni siquiera la interpretación conforme, sí que cabe seguir presumiendo que la existencia de una sanción administrativa permite presumir el daño, trasladando a la demandada la carga de acreditar que, pese a existir una sanción, la misma no causó perjuicios efectivos a los demandantes<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Así aparece, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de

Junto con estos criterios judiciales que permiten presumir la existencia de daño, la transposición de la Directiva 2014/104 ha permitido incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) las llamadas diligencias de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia, que no son sino una modalidad de las diligencias preliminares, destinadas a facilitar a las partes el acceso a información o documentación imprescindible para acreditar el daño. No se trata de pruebas anticipadas, sino del acceso a documentación que puede permitir la elaboración de pruebas periciales más completas.

Las diligencias de acceso a las fuentes de prueba, habituales en el derecho anglosajón, suponen una novedad que tiene su aplicación limitada única y exclusivamente a procedimientos vinculados a las acciones por daños en materia de competencia y en materia de secretos empresariales. Su introducción en el RDL 9/2017<sup>14</sup> supone el despliegue del artículo 283 de la LEC, que se desarrolla en 11 extensos preceptos identificados (283 bis a/ a 283 bis k). Aunque la Directiva no puede aplicarse a supuestos de hecho anteriores a la entrada en vigor de la misma, sin embargo, las medidas procesales sí que pueden invocarse para procedimientos judiciales de reclamación de daños en los que se reclame por hechos anteriores a la Directiva, pero las demandas se hayan interpuesto con posterioridad a la entrada en vigor del RDL (el 27 de mayo de 2017). Esta particularidad ha determinado que en muchas de las demandas tramitadas en los juzgados

se estén practicando con cierta normalidad estas diligencias de acceso a las fuentes de prueba permitiendo así a los demandantes aportar pruebas periciales más completas, accediendo a documentos e información de carácter reservado de la que disponen exclusivamente los infractores.

No cabe duda de que esta medida tiene como finalidad evitar que las situaciones de desequilibrio que se producen en el mercado, en el tráfico económico, puedan trasladarse al procedimiento, privando así a la parte más débil del derecho a probar sólidamente los perjuicios sufridos.

El Tribunal Supremo español ha dado pasos en el sentido de corregir posibles desequilibrios, así, la Sentencia de 7 de noviembre de 2013<sup>15</sup>, afirma que «[l]o exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos». Mientras que la prueba pericial de la demandada, sancionada en el procedimiento administrativo, asume una carga mayor ya que «no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada».

La evolución de la jurisprudencia<sup>16</sup> in-

noviembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:13564), que hace referencia a otras resoluciones de la propia Audiencia.

14 Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

15 ECLI:ES:TS:2013:5819. Referida a la valoración de los daños sufridos como consecuencia del Cártel del azúcar.

16 Jurisprudencia sintetizada en la STJUE de 3 de abril de 2019 – ECLI:EU:C:2019:282 –: «procede recordar que, en los apartados 22 y 23 de la sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), el Tribunal de Justicia declaró que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto del profesional en lo que atañe tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de las mismas. El Tribunal de Justicia declaró también que, habida cuenta de dicha situación de infe-

terna y, fundamentalmente, la que pueda sentar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podrían llevar incluso a permitir la tutela de oficio cuando las infracciones de las normas sobre competencia afectan a consumidores. Esta jurisprudencia ya se ha consolidado en condiciones generales de la contratación.

Tanto la Comisión Europea como la propia Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC) española son conscientes de que una de las piezas fundamentales de estas acciones por daños es la cuantificación de los mismos. Con la finalidad de facilitar la tarea a los tribunales, la Comisión Europea ha publicado una Guía práctica no vinculante para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del TFUE, guía en la que advierte de las dificultades para cuantificar los daños, ofreciendo distintos modelos para facilitar esta labor a los tribunales<sup>17</sup>. La CNMC española también está elaborando una guía orientativa que todavía no se ha cerrado aunque ya circula un borrador que está en trámite de audiencia a los interesados<sup>18</sup>.

---

*rioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que garantice que toda cláusula contractual que no haya sido objeto de negociación individual pueda ser controlada para apreciar su carácter eventualmente abusivo (sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17, EU:C:2019:250, apartado 50). En tales circunstancias, el objetivo perseguido por el artículo 6 de esa Directiva no podría alcanzarse si los consumidores se encontraran en la obligación de plantear ellos mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y una protección efectiva de los consumidores solo podría garantizarse si se reconoce al juez nacional la facultad de apreciar de oficio la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346, apartado 26).»*

<sup>17</sup> Se puede acceder a esta Guía en la página web de la comisión, en concreto, a través del enlace [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf)

<sup>18</sup> Este es el enlace oficial para acceder al borrador <https://www.cnmc.es/file/306138/download>

En definitiva, tanto los órganos reguladores como los propios tribunales son muy conscientes de las situaciones de desequilibrio entre infractor y perjudicado. Se está construyendo una nueva manera de litigar que permite incorporar nuevas instituciones procesales. Todavía no se han fijado los límites a este nuevo ámbito del derecho, sobre todo cuando se vean afectados consumidores de bienes o servicios afectados por un comportamiento sancionado o sancionable desde la perspectiva del derecho de la competencia.

## 7. Conclusiones provisionales

Con el antecedente de la litigación en masa en materia de cláusulas abusivas y visto el incremento sustancial de procedimientos de defensa de la competencia impulsados por consumidores, resulta muy complicado establecer conclusiones claras sobre cuál va a ser la evolución de la práctica judicial en estas materias. No descarto que estas conclusiones sean efímeras, como la cita de Alicia en el País de las Maravillas.

Todavía no se han solucionado todos los problemas materiales y procesales que plantea en España la protección de los consumidores en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, el TJUE tiene pendientes importantes pronunciamientos en estas materias que pueden dar nuevas vueltas a la tuerca procesal y material, ya que están pendientes cuestiones planteadas por el propio Tribunal Supremo español en materia de comisión de apertura y en el cómputo de los plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones rescisorias derivadas de la declaración de nulidad de una cláusula contractual.

En lo que afecta a las acciones de defensa de la competencia, se han presentado las primeras demandas individuales frente al Cártel del Euribor y el Cártel de los tu-

rismos. Todavía no hay ninguna sentencia del TJUE que permita establecer que algunas de las reglas o principios asentados en materia de protección de consumidores al amparo de la Directiva 93/13 puedan trasladarse al ámbito de la Directiva 2014/104. Es cierto que el objetivo de garantizar un funcionamiento transparente del mercado interior lleva a pensar la comunicabilidad de la jurisprudencia de consumo, ya que los riesgos de subversión del mercado son muy similares en uno y otro caso. En ambos ámbitos se constata una situación de desequilibrio en el momento de la contratación, en ambos cuerpos normativos es sencillo identificar una parte más fuerte, con capacidad de imponer actuaciones ilícitas, y otra más débil, sometida a la imperiosa necesidad de contratar bienes o servicios y sin capacidad de incidir de modo efectivo en las condiciones de funcionamiento del mercado. En ambos supuestos se corre un riesgo objetivo de que esa situación de desequilibrio observada en el mercado se traslade también al procedimiento, dificultado así la tutela judicial efectiva. La invocación de este derecho fundamental no sólo se hace desde la perspectiva del derecho constitucional interno (artículo 24 de la Constitución), sino desde la perspectiva de la Unión Europea, que reconoce en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el principio de la tutela judicial efectiva.

La invocación del artículo 47 de la Carta determina que el TJUE termine convir-

188. Die Ungerechtigkeit.



Escuela Austriaca, *Allegory of injustice*, sin fecha

tiéndose en el máximo intérprete europeo de este derecho fundamental, augurando una importante evolución de la jurisprudencia, dado que el TJUE terminará imponiendo un estándar europeo de tutela judicial que superará sin duda el actual anquilosamiento de la jurisprudencia constitucional interna.

Pero, de momento, son más las expectativas que las certezas. Sin duda, dentro de unos años tocará revisar estas conclusiones.

# Intercambio de información positiva de solvencia y protección del consumidor\*

Matilde CUENA CASAS

## 1. ¿Por qué es importante que fluya la información de solvencia patrimonial?

La crisis financiera de 2008 nos mostró de forma cruda las consecuencias en todos los órdenes de los comportamientos irresponsables de los operadores del mercado de crédito y la necesidad imperiosa de un adecuado control del funcionamiento del sistema financiero que evite los préstamos de alto riesgo.

Este control riguroso es un imperativo porque el sistema bancario funciona con el denominado privilegio de reserva fraccionaria<sup>1</sup>. Las entidades de crédito captan fondos de los ahorradores, reservan sólo una parte y el resto lo prestan a terceros, es decir, la entidad se endeuda a corto e invierte a largo plazo. Si presta de manera irresponsable, sin hacer una adecuada valoración del riesgo o, haciéndola, prescinde

del resultado, se puede producir el denominado descalce de plazos de manera que se genere falta de liquidez o de solvencia al no poder la entidad restituir los depósitos por culpa de la falta de devolución de los préstamos concertados.

De ahí la importancia de un adecuado control del riesgo de crédito que es donde reside la clave del éxito del negocio bancario y la necesaria estabilidad del sistema financiero.

Pero la principal dificultad con la que se encuentra el prestamista a la hora de evaluar el riesgo es la existencia de información asimétrica en el mercado de crédito que significa lo siguiente: el prestatario tiene un mayor conocimiento que el prestamista respecto de sus posibilidades de reembolsar el préstamo. Los bancos no disponen de la misma información que los demandantes de crédito. Ello genera riesgo de selección adversa, es decir, que el prestamista tenga dificultades para elegir entre buenos y malos pagadores con el peligro de escoger prestatarios de peor calidad.

Ante esta situación el prestamista puede hacer dos cosas: o bien aumenta las denegaciones de crédito o bien aumenta a todos los solicitantes el coste crediticio de manera que los buenos pagadores asuman los costes del incumplimiento de los malos pagadores. Es decir, todos (buenos y malos) pagamos tipos de interés más altos y ello al margen de la prima de riesgo individual de cada demandante de crédito.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación (DER 2017-83321-P) sobre "Tutela de los consumidores y clientes de servicios FinTech", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que soy investigadora principal. Así mismo, se enmarca en las actividades del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR).

<sup>1</sup> El denominado privilegio de *reserva fraccionaria* permite a las entidades financieras dedicar a inversiones y préstamos el dinero que sus clientes depositan en sus cuentas corrientes, estando obligados únicamente a mantener una fracción de los mismos a modo de reservas mínimas para atender las disposiciones de efectivo de sus depositantes. Esta fracción es la que comúnmente se conoce como coeficiente de caja que en la zona euro es fijado por el Banco Central Europeo.

Ello desincentiva a los clientes de menor riesgo a recurrir al crédito y favorece que accedan los que presentan mayor riesgo<sup>2</sup>, pues son estos los que están dispuestos a pagar tipos de interés altos. Por otro lado, no hay que perder de vista que un encarecimiento generalizado del crédito constituye un factor que agrava el sobreendeudamiento de los consumidores y les puede colocar en situación de insolvencia. Por lo tanto, avanzo ya que *cuando no fluyen correctamente los datos de solvencia patrimonial, el principal efecto es encarecimiento del crédito para todos los consumidores* (buenos y malos pagadores).

Por otro lado, se produce otro efecto perverso para el sistema y es que, desde el punto de vista del prestatario, la opacidad de la información crea problemas de *riesgo moral*: el deudor utiliza la mayor información que posee sobre su situación patrimonial para comportarse de forma inadecuada. Ello genera incentivos para endeudarse recurriendo a distintos acreedores que no comparten información entre sí, y eventualmente dejar de pagar. Esta práctica sin duda genera un sobreendeudamiento privado masivo, aumentándose las tasas de incumplimiento. Y, como he dicho, los deudores pueden tender incluso a dejar de pagar conscientes de la falta de conocimiento de los acreedores de la situación financiera de los solicitantes de crédito<sup>3</sup>.

El consumidor puede tener la percepción de que el que los prestamistas no compartan información entre sí, le beneficia porque “favorece” su entrada en el mercado de crédito, evitándose la exclu-

sión financiera, aunque sea con tipos de interés altos. Sin embargo, ya sabemos cuáles son las consecuencias de un alto sobreendeudamiento privado. Prestar dinero a quien no es solvente pone en riesgo la estabilidad del sistema financiero y los ahorros de los depositantes. Por ello, no es bueno para el sistema que el consumidor monopolice sus datos financieros.

A mi juicio, la exclusión financiera que se puede producir para personas sin historial crediticio debe paliarse a través de los mecanismos procedentes del Estado, pero no comprometiendo los recursos de los depositantes. Al igual que existe el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para la financiación de empresas por parte del Estado, debería arbitrase un mecanismo similar para conceder financiación a personas con una limitada capacidad de reembolso. De hecho, así se ha hecho con los avales ICO para paliar las consecuencias que en algunos sectores ha tenido la pandemia por Covid-19.

Se podría pensar que es el propio consumidor el que está en mejor disposición para saber si podrá o no cumplir con sus obligaciones. Nadie mejor que él conoce su situación patrimonial. Pero no hay que olvidar que según demuestran estudios sobre el comportamiento económico del consumidor<sup>4</sup>, éste es generalmente optimista, lo que le hace cometer sistemáticamente errores en la valoración de su propio riesgo. El consumidor sobrevalora los beneficios que para su calidad de vida supone el acceso al crédito e infravalora la posibilidad de que, por ejemplo, se pueda quedar sin trabajo. Ello evidencia el escaso valor que como instrumento de prevención del sobreendeudamiento tiene el deber de proporcionarle gran cantidad de informa-

2 Stiglitz y Weiss (1981) “Credit rationing in markets with imperfect information”, *American Economic Review*, vol. 71, núm. 3, junio, p. 393-410.

3 Montes, F. (2014), Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional”, en “Préstamo responsable y ficheros de solvencia”, coordinado por Cuena Casas, M y Prats Alentosa, Cizur Menor, 2014, pp. p. 245.

4 Sunstein, C. (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.



ción al consumidor<sup>5</sup>. Los estudios sobre el comportamiento del consumidor ponen de relieve que *la política de prevención del sobreendeudamiento debe concentrarse en la actuación del prestamista más que dejar la responsabilidad en manos del consumidor*, por más que pueda suponer un enfoque paternalista. Por la misma razón, tampoco la información financiera debe ser monopolizada por los particulares. Un buen sistema de información crediticia protege al consumidor de sí mismo, de su “optimismo irracional”.

La clave para lograr un correcto funcionamiento del mercado de crédito no está en el estímulo de la concesión de una mayor *cantidad* de crédito, sino en su *calidad*. De hecho, la crisis financiera de 2008 tuvo en parte su origen en la masiva concesión de crédito de baja calidad. Un SIC permite introducir criterios *cualitativos* en la concesión de créditos pues coadyuva a una mejor evaluación de la solvencia del prestatario y puede favorecer a los buenos pagadores restringiendo su acceso a los clientes sobreendeudados<sup>6</sup>.

Por otro lado, cuando el supervisor bancario puede verificar la información con la que ha contado el prestamista para la evaluación de la solvencia, es más fácil el control y evaluar si la entidad prestó al cliente que ya no era solvente en el momento de la concesión del préstamo. Un eventual régimen jurídico sobre responsabilidad por concesión irresponsable de crédito es más eficiente si el prestamista puede acceder a información financiera fiable de sus potenciales clientes. Sin datos

fiables no es posible construir un régimen sancionador del préstamo irresponsable. De nada sirve obligar a los prestamistas a consultar bases de datos<sup>7</sup> si dichas bases de datos contienen información incompleta. A su vez, la falta de datos fiables sirve de escudo protector para el prestamista cuando se pretende juzgar su diligencia en la concesión de préstamos.

Un SIC introduce disciplina en el mercado de crédito. El deudor que incumple con una institución se ve sancionado por todas las demás que le denegarán el crédito con base en el comportamiento crediticio pasado del solicitante con otras entidades. Disciplina a los acreedores en tanto el flujo de datos de solvencia patrimonial facilita la evaluación del riesgo de crédito<sup>8</sup> y el control del préstamo responsable. Es el sistema en su conjunto el que se ve beneficiado, aunque ninguno de los protagonistas (entidades financieras y consumidores) esté especialmente interesado en su regulación. El consumidor quiere financiación a toda costa y los prestamistas quieren prestar porque ese es su negocio y el antecedente que hemos vivido de res-

7 Así lo establece el art. 18.2 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

8 *Evaluación de riesgo de crédito y evaluación de la solvencia no son dos conceptos sinónimos*, estando este último ligado a la concesión de préstamo responsable (Art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, art. 11 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). En la evaluación del riesgo de crédito solo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista que en este caso es el inversor. Por el contrario, la de evaluar la solvencia y la concesión responsable de crédito atiende a analizar la posición del deudor (promotor de la financiación), el grado de esfuerzo que le puede suponer el pago del préstamo. Por ello la evaluación del riesgo de crédito no es un mecanismo de prevención del sobreendeudamiento, sino de protección del derecho de crédito del prestamista. La evaluación de la solvencia tiene en cuenta la doble perspectiva: acreedor y deudor atendiendo al grado de esfuerzo que el deudor debe realizar para devolver el préstamo en las condiciones previstas.

5 Ramsay, I., “From truth in lending to responsible lending”, en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (eds.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Dartmouth, 2004, p. 9.

6 OECD, “Facilitating access to finance”, *Discussion paper on Credit Information Sharing* <https://www.oecd.org/global-relations/45370071.pdf> (Consultado el 10 de enero de 2022) p.4.

cate financiero por el Estado coloca a los prestamistas en situación de riesgo moral.

En suma, detrás de la regulación de todo sistema de información crediticia (en adelante, SIC) se encuentra la necesidad de proteger a los depositantes, a los acreedores y al necesario interés público que sin duda se ve comprometido en el normal funcionamiento del sistema financiero<sup>9</sup>. Son tales los beneficios que genera para el sistema que se ha llegado a decir que limitar su actividad sería temerario<sup>10</sup>, porque un mercado de crédito que funciona correctamente genera crecimiento y un sistema financiero que cometa excesos puede generar crisis y recesión con las consecuencias políticas que hemos vivido sobre todo en España.

Hay que asumir que no hay sistema que garantice una evaluación perfecta de la solvencia y que pueda evitar o predecir la insolvencia del deudor. En muchos supuestos ésta no es debida al sobreendeudamiento activo, sino a circunstancias imprevisibles e inevitables, como es la pérdida de empleo, un divorcio o la enfermedad (sobreendeudamiento pasivo). Ningún SIC puede predecir estos eventos y evitar que acontezcan. Tampoco puede predecirse el éxito de una actividad empresarial que se pretende iniciar y no hay que olvidar que un SIC afecta

tanto a consumidores como a empresarios personas físicas. Por ello, los SIC se consideran una herramienta o instrumento para evitar el sobreendeudamiento activo, por asunción irresponsable de crédito, pero en ningún caso se presentan como la “panacea” que evite todas las posibles situaciones que pueden provocar la insolvencia del deudor, pues no previene los efectos del sobreendeudamiento pasivo.

Con todo, la relevancia jurídica y económica que tiene la regulación de un buen sistema de información crediticia no es desdeñable y por eso es muy llamativa la escasa atención que este tema ha despertado en la doctrina española. Veamos qué opciones de diseño existen.

## 2. Opciones de diseño de un sistema de información crediticia

Para evitar los citados problemas derivados de la información asimétrica surgen los sistemas de información crediticia (SIC), cuyo objetivo es recopilar información de acreedores y de fuentes públicas disponibles sobre el historial crediticio de los prestatarios. La eficiencia de un SIC depende de la cantidad y calidad de los datos pertinentes que compile.

### 2.1. Ficheros negativos y ficheros positivos

Los *ficheros negativos* o *de morosos* (*black list*), que solo contienen datos de impagos o incumplimientos del deudor, procesos judiciales iniciados, insolvencias, pagos tardíos. Los ficheros negativos protegen a los prestamistas y suponen mediatamente una sanción al deudor moroso quien no podrá contratar con otro prestamista.

Con un SIC en el que solo se comparta información negativa, el único dato que recibe el prestamista que consulta el dato

9 El Banco Mundial en los últimos años ha liderado el análisis de esta materia con la elaboración de los “*principios generales sobre los sistemas de información crediticia*”, consciente de que los SIC son una parte vital de la infraestructura financiera y el flujo de información entre sus participantes se considera una actividad de interés público. Banco Mundial *General principles for credit reporting*. Washington, DC, 2011. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/662161468147557554/general-principles-for-credit-reporting>

10 Packard, V., *The naked society*, 168-182, 1968, p. 13. Se ha estimado que la reducción del crédito al consumo de un 19% puede suponer una reducción del PIB en un 0,65%, lo que supondría una pérdida de 83 billones de euros en un año y la pérdida de un millón y medio de puestos de trabajo.

es que ha habido un impago que puede obedecer a múltiples causas. Los ficheros negativos no informan del nivel de endeudamiento del potencial cliente.

Cuando el prestamista que padece las consecuencias del incumplimiento del deudor comparte con otros prestamistas el dato negativo, son éstos los principales beneficiados y no tanto el que comparte la información. De ahí que un SIC con datos negativos opera de manera voluntaria y según criterios de reciprocidad. Los prestamistas que comparten datos negativos pueden acceder a su vez a los datos negativos de otros clientes.

Cuando se habla de un *fichero positivo* (*white list*), además de incluir información negativa, se incluyen datos adicionales que tienen como virtud alertar del nivel de endeudamiento del potencial cliente. Cubren el comportamiento contractual del cliente, deudas pendientes, número de préstamos, patrones de pago, activos, pasivos y garantías asumidas. Se incluyen saldos de cuenta, número de consultas, las ratios de deuda, los pagos a tiempo, límites de crédito, tipo de cuenta, tipo de préstamo, institución de crédito, tasas de interés y los datos de los registros públicos, informes detallados sobre los activos y pasivos, garantías y avales, vencimiento de la deuda estructural, el calendario de amortización, los registros de empleo, etc.

Es preciso aclarar desde el principio que *un fichero positivo no da información sobre el concepto del gasto realizado con los fondos obtenidos a través del préstamo*. Tan solo se informa del nivel de endeudamiento. Este aspecto es relevante a los efectos de los posibles conflictos con la privacidad. Así como en los ficheros negativos solo se comparte información del deudor que ha incumplido, en los ficheros positivos se comparte información de todos los deudores con independencia de

que hayan incumplido o no sus obligaciones. En un fichero negativo entran sólo los deudores morosos. En un fichero positivo entran todos los clientes de entidades de crédito.

## 2.2. Registro público y registro privado

Los datos de solvencia patrimonial son datos personales y de ahí que su regulación, como veremos, está supeditada al cumplimiento de esta normativa que tutela el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La entidad que recibe tal información y la compila en un fichero puede ser una entidad privada. Son las oficinas privadas de información crediticia o credit bureau (las más conocidas en España son Experian y Equifax) que elaboran con la información que reciben un informe de crédito (*credit report*) que vende a los usuarios del sistema.

Un SIC privado se caracteriza por la *voluntariedad*. Su objetivo es recolectar, organizar y consolidar la información recibida por los prestamistas y que vende a los solicitantes autorizados que, como he dicho, son los prestamistas que a su vez aportan información y están asociados al bureau. Se nutren de información proporcionada por entidades de crédito u otros prestamistas, tarjetas de crédito o incluso de otras empresas, por ejemplo, de telecomunicaciones (*utilities*) o de fuentes accesibles al público (boletines oficiales, sentencias judiciales...) y datos hechos públicos por su titular, como pueden ser los datos presentes en redes sociales o información generada en internet.

Como sucede en España, los registros privados coexisten con uno público gestionado por el Banco de España y que se denomina Central de Información de Riesgos

del Banco de España (CIRBE)<sup>11</sup>. Su principal función es supervisar al sector financiero, aunque también opera como mecanismo para proveer de información sobre la solvencia de los clientes a las entidades financieras. Esta doble funcionalidad justifica que *la información que recibe el Registro público con finalidad de supervisión es distinta de la información que comparte con otras entidades*. La CIRBE informa a entidades declarantes de operaciones cuyo riesgo acumulado es superior a 1000 euros<sup>12</sup>. Informa de datos negativos y positivos, con esta limitación cuantitativa.

Característica fundamental de los sistemas públicos de información crediticia es la *obligatoriedad* de las entidades financieras de aportar datos al Registro. La provisión de información es compulsiva. Ofrecen una cobertura total del sistema bancario, pero en muchos casos quedan fuera los datos aportados por otras entidades no financieras y de ahí su compatibilidad con los *bureaus* privados.

En España existe la creencia de que no es preciso abordar una regulación de los ficheros positivos porque la CIRBE ya resuelve el problema de la información asimétrica en el mercado de crédito. Nada más lejos de la realidad. No comparte todos los datos de solvencia que recibe y, como se ha señalado, no todas las entidades pueden acceder

a la CIRBE, ya que sólo pueden hacerlo las entidades declarantes. Así, por ejemplo, las FinTech y, particularmente las plataformas de financiación participativa dedicadas a la mediación de préstamos (*crowdlending*) no comparten sus datos de morosidad a la CIRBE y al mismo tiempo, tampoco pueden acceder a los datos del promotor de la financiación que es el prestatario en este tipo de plataformas. Estos “agujeros” de información hacen ineficiente a la CIRBE como modelo de registro público. Sigue quedando mucha información fuera del sistema.

### 3. Ventajas de un sistema en donde se intercambien datos positivos de solvencia

#### A. Favorecen la inclusión financiera

Con un fichero positivo es posible discriminar entre el deudor sin impagos y el deudor solvente. No todo deudor sin impagos es un deudor solvente y los ficheros negativos hacen esa errónea equivalencia además de impedir que se premie a los deudores con un buen comportamiento crediticio y un consumo responsable.

En contraste, cuando también se comparte información positiva, la decisión de crédito depende no solamente de la falta de pago, sino también de otros elementos que en su caso pueden beneficiar o “perjudicar” al cliente en el sentido de ver denegada su solicitud de crédito. Así, un deudor con un impago, pero con un comportamiento de pago positivo posterior y escasas deudas asumidas puede recibir una calificación positiva.

Por el contrario, cuando solo se comparte información negativa, el dato negativo en sí mismo ya puede excluir al deudor sin que el prestamista pueda tener en cuenta otras variables (comportamiento de pago positivo posterior) ya que las desconoce.

<sup>11</sup> Su regulación se contiene en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros. Santillán, R., “Reglas del funcionamiento de la Central...”, cit., pp. 407 y ss.

<sup>12</sup> Antes era 9.000 euros y por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio de regulación del crédito revolvente modificada, entre otras la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos se redujo a 1.000 euros. Ello es una prueba de la conciencia del problema de las asimetrías de información y de la necesidad de incrementar la información positiva.

Por lo tanto, desde el punto de vista del consumidor no se puede afirmar a priori si es mejor un fichero negativo o uno positivo. Dependerá del caso en particular. Un deudor con un impago se verá perjudicado si los prestamistas solo comparten información negativa, pues ese dato puede justificar por sí solo la denegación. Cuando se trata de un fichero positivo, un deudor sin impagos, pero con muchas deudas ya asumidas, puede resultar excluido. *Un fichero positivo garantiza, a mi juicio, en mayor medida, el acceso de clientes solventes al mercado de crédito y tiene efectos positivos sobre la tasa de incumplimiento*<sup>13</sup>. No tener un dato negativo no es necesariamente un indicador de solvencia. Esta falsa sinonimia es la que generan los ficheros negativos.

Los ficheros negativos estigmatizan al deudor que por circunstancias fortuitas haya incumplido sus obligaciones, aunque se trate de un incumplimiento aislado. Los ficheros positivos informan del nivel de endeudamiento, de los préstamos asumidos y permiten “limpiar” un dato negativo pasado con datos positivos presentes, lo cual supone un estímulo al buen comportamiento crediticio. Los ficheros negativos son excluyentes y los positivos son inclusivos: permiten la reintegración del deudor y, sobre todo, posibilitan una adecuada valoración de la solvencia. Como gráficamente se ha descrito “un deudor con seis tarjetas de crédito activas que no ha incumplido ninguna de sus obligaciones, puede ser un cliente de mayor riesgo que otro con menos préstamos asumidos que de forma esporádica llevó a cabo un incumplimiento”<sup>14</sup>.

En suma, el intercambio de información positiva de solvencia fomenta la inclusión financiera: se presta más y se presta mejor. Cuando el prestamista carece de información fiable, su reacción es la de denegar créditos a personas que deberían ser aceptadas. Con los ficheros positivos, aumenta la tasa de aceptación<sup>15</sup>.

Esto se entiende con un ejemplo cotidiano. Un matrimonio casado en régimen de gananciales que tienen tres hijos comunes. Sobreviene el divorcio y el cónyuge custodio pide nuevas tarjetas de crédito en distintas entidades o comercios. La respuesta en un sistema en el que solo se compartan datos negativos es que se le aplique el riesgo promedio. Un divorciado que tiene la custodia de tres hijos tiene un riesgo promedio de impago alto porque estadísticamente son los que impagan. Si el prestamista no puede acceder a sus datos positivos de solvencia, la probabilidad de denegación es alta, o si se le concede una tarjeta *revolving*, el límite disponible será bajo. Por lo tanto, que no fluyan datos positivos genera exclusión financiera para sujetos que no lo merecen.

En definitiva, con los ficheros positivos se lleva hasta sus últimas consecuencias la idea de que el comportamiento pasado es el mejor predictor del comportamiento futuro<sup>16</sup>. Para el cálculo de la prima de riesgo del cliente no bastan los ingresos y los bienes que aporta el deudor en garantía, sino que su reputación financiera se erige también en criterio relevante. No cabe duda de que un deudor con patrimonio puede

13 Más extensamente, Cuenca Casas, M., Intercambio de información positiva y funcionamiento del mercado de crédito, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2017 <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1323.pdf>

14 Declaraciones de Tom Quinn (vicepresidente de FICO) en artículo publicado por Paul Davis en el periódico *Financial Times* (UK) el 24 de agosto de 2005.

15 Barron, J y Staten, M. (2003), “The Value of Comprehensive Credit Reports: Lessons from the US Experience.” In *Credit Reporting Systems and the International Economy*, ed., Margaret M. Miller, 273–310. Cambridge, MA: MIT Press p. 282.

16 Miller, M, (2003) “Credit reporting systems around the globe: the state of the art in public credit registries and private credit reporting firms”, en *Credit reporting systems and the international economy*, MIT, p. 25.

incumplir voluntariamente, y viceversa, un deudor con escaso patrimonio puede, con base en su comportamiento positivo pasado, mejorar su *score* crediticio favoreciéndose la inclusión financiera.

## B. Permiten el ajuste del coste del crédito a la prima de riesgo sin que se incremente para todos los solicitantes

A la hora de valorar el riesgo crediticio no basta la *capacidad de pago*, sino que también hay que valorar la *voluntad de pago*. Los ficheros positivos dan información sobre la capacidad de pago por cuanto aportan datos sobre el nivel de endeudamiento y también predicen la voluntad de pago. Pero, sobre todo, el aspecto más sobresaliente es que benefician a los buenos pagadores favoreciendo su acceso al mercado crediticio y un abaratamiento del coste en términos de tipos de interés ajustados a la prima de riesgo concreta del cliente sin que tengan que operar sobre la base de riesgo promedio<sup>17</sup>.

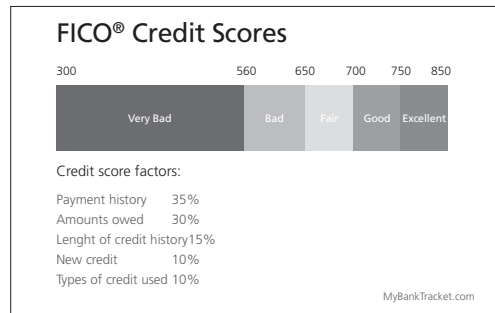
Efectivamente, una de las principales virtudes y de gran impacto macroeconómico de un sistema de información positivo es que permite el *ajuste del coste crediticio a la prima de riesgo real* de cada solicitante, sin que el riesgo de incumplimiento fruto de la selección adversa se propague a los buenos pagadores quienes son premiados. Así sucede en países anglosajones siendo EEUU un modelo en el que este sistema ha triunfado.

La prima de riesgo (*credit score*) se crea teniendo en cuenta datos positivos y negativos de solvencia procesados a través de

algoritmos y fórmulas estadísticas (método FICO en EEUU). No todos los datos tienen el mismo peso para generar el *score*<sup>18</sup>. Una vez clasificado el cliente según su prima de riesgo<sup>19</sup>, el coste del crédito se determina en función de su propio riesgo de crédito, pudiendo existir diferencias de dos puntos entre un tipo de deudor y otro<sup>20</sup>.

En España no hay flujo de datos positivos de solvencia y ese déficit de informa-

18 Así, por ejemplo, en EEUU la deuda pendiente tiene un peso de un 35%, el historial de pago un 30%, 15% la antigüedad del historial de crédito (a mayor antigüedad mejor *score* y de ahí el uso frecuente de las tarjetas de crédito en USA), un 10% tipo de crédito utilizado y 10% tipos de crédito usado <https://connectamericas.com/es/content/lo-que-usted-debe-saber-sobre-el-credit-scoring>



19 Un ejemplo de cómo funciona en EEUU. <https://www.consumerfinance.gov/es/obtener-respuestas/que-es-un-puntaje-de-fico-es-1883/>

Rango de calificación FICO	Clasificación
800 o más	Excelente
740 - 799	Muy Bueno
670 - 739	Bueno
580 - 699	Razonable
580	Deficiente ( <i>subprime</i> )

20 En este cuadro adjunto se puede comprobar la diferencia de tipo de interés en función de la distinta clasificación crediticia.

FICO Score	APR	Monthly Payment	Total
760-850	4,240%	\$1,228	\$192,219
700-759	4,462%	\$1,261	\$203,987
680-699	4,639%	\$1,287	\$213,480
660-679	4,853%	\$1,320	\$225,086
640-659	5,283%	\$1,386	\$248,824
620-639	5,829%	\$1,472	\$279,741

17 Santillán R, (2014) "Reglas del funcionamiento de la Central de Información de riesgos del Banco de España", en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, dirigido por Prats Albentosa, L y Cuenca Casas, M, Thomson- Aranzadi, p. 410.

ción se traduce en que los tipos de interés para todos los solicitantes de crédito son de los más altos de la UE<sup>21</sup>. *El crédito es más caro para todos los consumidores en España, tanto en el ámbito del crédito al consumo como en el hipotecario.*

Las bondades de la información positiva han sido reconocidas por el Banco Mundial, que en el primero de los principios señala que para que un SIC cumpla los objetivos que de él se esperan es preciso que los datos que recopile sean pertinentes y suficientes, es decir, necesarios y adecuados para el objetivo que viene a cumplir el SIC, sugiriéndose de manera expresa que tales ficheros incluyan información positiva<sup>22</sup>.

Obsérvese la importancia que un buen bureau positivo puede tener para activar y dar seguridad *al mercado del alquiler*. Hoy en día el arrendador carece de acceso a cualquier fuente de información de solvencia fiable de su futuro inquilino. Ello genera inseguridad y desconfianza en el mercado, la exigencia excesiva de garantías que dificultan sobremanera el funcionamiento de este importante mercado. Con un bureau positivo el futuro arrendador tendría información de la reputación financiera de su inquilino y muy probablemente se abstendría de solicitar garantías adicionales y se moderaría el precio del alquiler. Muchas veces se aumenta la renta para tratar de llegar a inquilinos con mayor poder ad-

quisitivo. Estas externalidades se limitarían con un modelo en el que se favoreciera el flujo de datos de solvencia positivos que informaran de la ratio de endeudamiento del deudor. La reputación financiera sería en muchos casos suficiente para favorecer la celebración del contrato.

### C. Favorece la competencia entre entidades financieras

Un sistema de información crediticia en el que se compartan datos positivos favorece la competencia entre entidades financieras y esto también tiene indirectamente beneficios para el consumidor.

Efectivamente, si los datos positivos del cliente fluyen, éste tiene más posibilidades de cambiar de prestamista porque cualquiera de los que operan en el mercado pueden acceder a su historial crediticio y hacerle mejores ofertas.

Este riesgo de aumento de competencia no estimula a las entidades a compartir datos positivos, lo cual sucede sobre todo cuando el sistema financiero está muy concentrado, como es el caso de España.

Cuando unos bancos tienen muchos más clientes que otros, las entidades de mayor dimensión no tienen interés en compartir datos porque aportan más de los que reciben, luego su incentivo es negativo. Hoy tenemos un sistema financiero muy concentrado básicamente en tres entidades (BBVA, Caixabank y el Banco de Santander). ¿Tendrá el Banco de Santander interés en compartir datos positivos de sus buenos clientes con ING? Obviamente no. Daría más datos de los que recibe.

Cuando las entidades se oponen a compartir datos positivos alegando la regulación del secreto bancario o la necesidad de proteger la privacidad de los ciudadanos, realmente lo que se está encubriendo es un problema de competencia que es

21 Cuenca Casas, M., "Vuelve el préstamo irresponsable, pero ahora al consumo", <https://hayderecho.expansion.com/2018/11/21/vuelve-el-prestamo-irresponsable-pero-ahora-al-consumo/> En España, de media, los créditos al consumo tienen unos intereses del 6,5%. Cifras más altas que en otros países de nuestro entorno, como Italia (5,6%), Francia (4,3%) o Alemania (3,9%). <https://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-pedir-credito-consumo-espana-doble-caro-francia-belgica-iahorro-20210324125343.html>

22 World Bank. 2011. *General principles for credit reporting*. Washington, DC <http://documents.worldbank.org/curated/en/2011/09/16426885/general-principles-credit-reporting>.

lo que está detrás de la falta de regulación de los ficheros que sucede en España. Un problema de competencia se ha disfrazado de privacidad.

#### **D. Previenen el sobreendeudamiento privado**

Los datos positivos de solvencia constituyen un ingrediente esencial para que el prestamista pueda cumplir de manera correcta la obligación legal de evaluar la solvencia. La información sobre la ratio de endeudamiento es imprescindible y este dato lo aporta un fichero positivo.

#### **4. Sistema español de información crediticia y valoración crítica**

La mayor dificultad que presenta el diseño de un buen sistema de información crediticia radica en lograr un equilibrio con la esencial protección de la privacidad del ciudadano y las indudables ventajas que para el mercado tiene el acceso a información sobre el comportamiento financiero de los particulares. Esta exigencia es común a todo ordenamiento al margen de que se diseñe o no la protección de datos personales como un derecho fundamental y, obviamente, es un problema cuando el deudor es persona física.

El particular debe poder acceder y rectificar la información sobre su persona y que ésta no circule indebidamente. Este aspecto es esencial, por cuanto la actividad de los bureaus de crédito es precisamente la de procesar datos personales para vender informes crediticios a terceros autorizados. Por ello, es imprescindible diseñar un sistema que permita el flujo de información, pero con las garantías suficientes. La tutela del derecho a la protección de datos personales no tiene por qué ser un obstáculo

al flujo de información si se diseña un marco jurídico adecuado.

España sigue un sistema mixto en el que coexiste un Registro público de crédito que es la Central de información de Riesgos del Banco de España con los bureaus privados. Como ya se ha adelantado, la CIRBE recoge información negativa y positiva y su regulación se encuentra en los arts. 59-69 de la Ley 44/2002. Las oficinas privadas de información crediticia o bureaus privados albergan información negativa.

A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos<sup>23</sup> a nivel europeo no existe una normativa específica para regular el sistema de información crediticia en el ámbito del Reglamento General de Protección de datos<sup>24</sup> (en adelante, RGPD). Sólo el art. 20 de la Ley Orgánica de Protección de datos y garantía de derechos digitales<sup>25</sup> (en adelante, LOPD y GDD) se refiere a este tema, abordando una regulación de los ficheros de solvencia negativos. No hay regulación específica para los ficheros positivos de solvencia patrimonial y la cuestión que se plantea es cómo pueden los prestamistas compartir datos positivos de solvencia en el marco del RGPD y de la LOPD y GDD.

A diferencia de la LOPD, el consentimiento no es ya la regla general para legitimar el procesamiento de los datos personales, siendo los demás supuestos, una excepción a la regla general, objeto, por tanto, de interpretación restrictiva. En el RGPD

<sup>23</sup> Así sucede en EEUU, en donde se aborda el problema desde una regulación sectorial (Ley de crédito justo o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) de 26 de octubre de 1970).

<sup>24</sup> 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 (Reglamento general de protección de datos).

<sup>25</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de derechos digitales.



todas las condiciones de licitud están en pie de igualdad y esta nueva perspectiva debe ser tenida en cuenta a la hora de abordar el enfoque regulatorio de los ficheros de solvencia positivos. De hecho, hay que tener en cuenta que en el Derecho español los datos de solvencia positivos ya fluyen sin consentimiento del afectado cuando las entidades declarantes comparten datos con la CIRBE (art. 60.2 Ley 44/2002). La condición de licitud es el cumplimiento de una obligación legal (art. 6c) RGPD) por la función que cumple de supervisión de solvencia, o gestión prudencial de las entidades de crédito. Así mismo, el Banco de España cumple una misión realizada en interés público, o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento (art. 6.1.e) RGPD). De ahí que se haya dicho que se dan ambas condiciones de licitud del tratamiento de los datos<sup>26</sup>. Esto en cuanto a la función supervisora. Pero, como se ha señalado, la CIRBE actúa como registro de crédito compartiendo datos con las entidades declarantes datos de operaciones cuyo riesgo acumulado sea superior a 1.000 euros, con objeto de facilitar el cumplimiento por parte de las entidades de crédito de la obligación legal de hacer un seguimiento del riesgo de crédito de sus activos, y evaluar la solvencia de sus potenciales clientes<sup>27</sup>.

Respecto del título de legitimación para el procesamiento de los datos posi-

26 Pascual Huerta, P., "Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia. El impacto del Reglamento General de Protección de datos de la UE", en Cuenca Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson- Aranzadi, 2017, p. 233.

27 Art. 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, y el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Circulares 4/2004, 5/2012, 2/2016 del Banco de España, la Directiva 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 575/2013). Artículo 11 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

vos de solvencia por parte de los bureaux privados, se ha defendido, y así lo sigue haciendo la Agencia de Protección de Datos<sup>28</sup> que se requiere el consentimiento del afectado. Y ello a diferencia de los ficheros negativos en los que tal consentimiento no se exige, presumiéndose lícito su tratamiento (art. 20 LOPDy GDD).

Sin embargo, como explicaré seguidamente, esta diferencia de trato no está justificada y es perniciosa para el sistema. No hay que olvidar que con el nuevo RGPD se ha reforzado el consentimiento como condición de licitud. Debe ser informado y cualificado, siendo preciso que con carácter previo se informe a las personas de los fines concretos para los que se requiere su autorización (principio de calidad de los datos), tal y como se recoge en el art. 5.1 a) RGPD y art. 6 LOPDGDD.

Conviene destacar el hecho de que el art. 7.3 RGPD establece que *"el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo"*.

Dada la regulación vigente ¿es una opción razonable que el consentimiento sea un título de legitimación del tratamiento de los datos de solvencia patrimonial?

Cuando de datos negativos se trata, es obvio que no, puesto que ningún ciudadano prestaría voluntariamente el consentimiento a que el resto de acreedores conocieran su condición de incumplidor. De ahí, que antes de la aprobación del RGPD, en el ámbito de la LOPD de 1999, la ley

28 Agencia de Protección De Datos, Informe 028891/2019. <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0081.pdf> (Consultado el 10 de enero de 2021).

estableciera expresamente la legitimación del tratamiento de los datos de solvencia negativos sin el consentimiento del afectado (art. 29.2 LOPD). Ello era posible en el ámbito de la derogada LOPD en la medida en que permitía que el consentimiento no fuera exigido cuando así lo dispusiera la ley (art. 6.1 LOPD). Pero en el RGPD la ley no aparece como fuente de licitud del tratamiento de los datos. Las causas de licitud del tratamiento son única y exclusivamente las previstas en el art. 6 RGPD.

Por esta razón, el art. 20 LOPDGDD ha tenido que recurrir a la *“presunción de licitud de tratamiento de los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia”*. Una presunción *iuris tantum* que opera cuando se den los requisitos que la norma establece

El consentimiento, tal y como está diseñado en el RGPD, no es la vía adecuada para legitimar la licitud de los datos de solvencia positivos, al igual que tampoco lo es para los datos negativos. Tal y como dispone el art. 7.2 RGPD *“si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible, y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo”*. Ello genera costes adicionales para el responsable del tratamiento de los datos, en tanto cuando se recoja en el marco de un contrato, debe separar el resto de elemento de éste, asunto que eleva la complejidad de los formatos.

Pero lo más importante es que se permite que el interesado pueda *“retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el*

*consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo”* (art. 7.3 RGPD). Este planteamiento que desde el punto de vista general puede ser válido, aplicado a los ficheros de solvencia patrimonial, puede ser letal. Una persona sobreendeudada podría retirar libremente su consentimiento a que se comparta información sobre su solvencia a un bureau de crédito. La aplicación del RGPD supondría que el titular de los datos puede ocultar dicha información y ello no tendría repercusiones en el propio interesado, sino que, como he señalado repetidamente, puede generar asimetrías de información que dificulten el cumplimiento de la obligación legal de los prestamistas de conceder préstamo de manera responsable.

La eficiencia de un sistema de información crediticia se basa en la calidad y exhaustividad de los datos. Un fichero de solvencia incompleto es ineficaz. De ahí que se haya hablado de la *“paradoja de los sistemas de información crediticia”*: un fichero de solvencia en el que sólo están incorporados los datos de los clientes que voluntariamente aceptan su inclusión y que, aun aceptándola, pueden en cualquier momento revocar su decisión, no tiene razón de existir. Y ello porque los clientes que no querrán constar en el fichero serán aquéllos que tienen datos negativos o un nivel alto de endeudamiento y precisamente los datos de sujetos con este perfil negativo de solvencia son los que deben constar en el fichero y los que el sistema de información crediticia quiere identificar. El sistema será incompleto no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo porque faltarán los datos más relevantes para los acreedores: los de los sujetos que tienen más deudas asumidas.

En el Anteproyecto de LOPD y GDD se decía de manera expresa (art. 14) que era necesario el consentimiento para el procesamiento de datos positivos de solvencia<sup>29</sup> y, sin embargo, esta exigencia expresa no pasó al texto legal.

Esta supresión de la necesidad expresa de consentimiento para que los acreedores puedan compartir los datos positivos al bureau de crédito refleja, a mi juicio, que la licitud del tratamiento de tales datos es otra y no el consentimiento. Y ello es lógico, porque la eficacia de un sistema de información crediticia es incompatible con un sistema que deja en manos del titular de los datos la decisión de inclusión para ocultar su situación de sobreendeudamiento o de morosidad.

La condición de licitud para procesamiento de datos positivos de solvencia patrimonial debe ser la *satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño*” (art. 6.1. f) del RGPD). A pesar de justificarse el tratamiento de datos sin consentimiento, cabe que el interesado se oponga a los mismos (*opt ut*), tal y como dispone el art. 21 RGPD.

La mera invocación de un interés legítimo no es suficiente para legitimar el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del afectado. En cada caso concreto será necesario hacer una ponderación entre el interés legítimo de quien va a tra-

tar los datos y los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados, a los efectos de valorar cuál prevalece en el caso concreto. Hay que valorar si el procesamiento de los datos es necesario para satisfacer dicho interés legítimo. Como se ha señalado al tratar de las ventajas de los ficheros positivos, que se aporte información positiva es una herramienta necesaria para una adecuada evaluación de la solvencia, puesto que se informa del nivel de endeudamiento de los particulares. Un solicitante de crédito que no tiene datos negativos de solvencia no necesariamente es un sujeto solvente puesto que puede tener muchos pasivos asumidos. Por ello, la estabilidad del sistema financiero y el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia exigen como herramienta necesaria mecanismos que eviten que se generen asimetrías de información. Como reconoce el Banco Mundial<sup>30</sup> debe compartirse información positiva para que el sistema opere de forma eficiente. Informes empíricos avalan el carácter necesario del procesamiento de los datos positivos para que sea efectiva la evaluación de la solvencia y se lleve a cabo una prevención eficaz del sobreendeudamiento privado. Así lo reconoció el TJUE en sentencia de 23 de noviembre de 2006 (asunto C-238/05). No tiene sentido diseñar un SIC que no aporte una información completa sobre el perfil de riesgo del potencial cliente.

Lo que no me parece sostenible es que se considere legítimo que los prestamistas compartan información negativa sin consentimiento del titular de los datos (así lo hace el art. 20 LOPDGDD y en todos los países) y, en cambio, se entienda que no es legítimo el interés cuando de información positiva se trata. Si se admite en un supuesto, debe admitirse en el segundo

29 “Será igualmente lícito el tratamiento de datos referidos al cumplimiento por los afectados de sus obligaciones dinerarias, financieras y de crédito por los sistemas de información crediticia siempre y cuando el afectado hubiere dado su consentimiento al tratamiento de dichos datos (...).

30 World Bank, *General principles for credit reporting*, cit.

porque la información positiva no es más sensible que la negativa. Es evidente que ningún deudor daría su consentimiento (si así se exigiese) para que se comparta su información negativa de solvencia. Sería intolerable admitir un sistema en que los incumplidores pudieran ocultar este dato negativo en aras a la protección de la privacidad. Igual de intolerable me parece que un particular pueda, con base en la protección de sus datos personales, ocultar su nivel de endeudamiento (que es lo que incluyen los ficheros positivos), dificultando el cumplimiento de su obligación de evaluación de la solvencia.

En esta línea de legitimar el flujo de información positiva sin necesidad del consentimiento del afectado se mueven los arts. 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI)<sup>31</sup>. El primero de ellos se ocupa de regular la obligación del prestamista de evaluar la solvencia, para lo cual le exigen tener en cuenta entre otros factores, “los compromisos ya asumidos” por el potencial prestatario. Es decir, se exige conocer información positiva.

Por otro lado, el art. 12 LCCI, además de exigir al prestamista la consulta del historial crediticio del solicitante en la CIRBE y en oficinas privadas de información crediticia, señala que *“en caso de que el prestamista conceda el préstamo, podrá comunicar los siguientes datos a las oficinas privadas de información crediticia: importe original, fecha de inicio, fecha de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor al que estas alcanzan, así como cualquier*

*otro que establezca a persona titular del Ministerio de Economía y Empresa”*.

La ley habilita a los prestamistas para comunicar *datos positivos* a las oficinas privadas de información crediticia sin consentimiento del afectado ¿Qué incidencia tiene esta nueva regulación desde el punto de vista de la normativa de protección de datos? Esta habilitación legal refuerza la concurrencia de interés legítimo como condición de licitud del tratamiento de los datos positivos y la falta de necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos para compartirlos con los bureaux de crédito. La norma no obliga a compartir datos con los bureaux de crédito, por lo que la condición de licitud no sería el del cumplimiento de una obligación legal en este sentido (art. 6.1c) RGPD).

Esta modificación legal no sólo afecta al crédito inmobiliario, sino también al crédito al consumo. La Disposición adicional duodécima del LCCI modifica la LCC en relación con la información en materia de contratos de crédito al consumo.

En suma, si se establece la obligación legal de consulta de historial crediticio y se habilita a los prestamistas para nutrir de datos a las oficinas de información crediticia, el interés legítimo queda acreditado, pues tales obligaciones constituyen el instrumento necesario para cumplir la obligación de evaluar la solvencia, que es la que en última instancia convierte dicho interés en legítimo. Existe un interés legítimo del responsable del tratamiento y de los terceros que consultan los ficheros cuando lo hacen para valorar la solvencia del titular de los datos. Por lo tanto, se cumple con la legalidad del RGPD cuando se ceden datos positivos de solvencia patrimonial sin consentimiento del afectado. El título de legitimación será el interés legítimo que, no obstante, deberá valorarse en cada caso por el responsable del tratamiento y, en

31 Más extensamente, Cuenca Casas, M., La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario, *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* / coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 2020, págs. 175-235.

su caso, por los tribunales. Por lo tanto, el consentimiento no necesariamente debe ser el título de legitimación para el procesamiento de los datos.

Como conclusión cabe decir que el flujo de datos positivos de solvencia constituye un mecanismo de protección de consumidor frente al sobreendeudamiento, favorece el control del préstamo responsable, la inclusión financiera y el ajuste del coste de crédito a la prima de riesgo de cada consumidor. Es además un instrumento que permite introducir competencia en el sistema financiero, lo que redundará en mejores condiciones para los consumidores.

La protección del derecho fundamental a la protección de datos personales no debe ser un obstáculo para la admisión de los ficheros positivos de solvencia. Tal derecho debe ser adecuadamente garantizado y no necesariamente a través del consentimiento del afectado. La clave está en la transparencia: que el ciudadano esté informado de qué personas tienen acceso a sus datos y a que los mismos sean exactos.

La mera invocación de un interés legítimo del responsable no es suficiente para legitimar el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del afectado. En



Escuela francesa, *Allegory of Justice Baffet*, 1792

cada caso concreto será necesario hacer una ponderación entre el interés legítimo de quien va a tratar los datos y los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados, a los efectos de valorar cuál prevalece en el caso concreto.

# Una nueva mirada a la política pública de defensa de la libre competencia y el mercado

## A propósito de la US President Executive Order 14036 de 9 de julio de 2021, *Promoting Competition in the American Economy*

Carlos PADRÓS REIG

### 1. El método comparado

Una de las grandes dificultades de la utilización del método comparado en Derecho es la selección de los elementos normativos que deben ser comparados así como la comprensión profunda del sentido de las instituciones en cada arquitectura institucional donde éstos operan. No basta con comparar similares normas de distintos países, sino que hay que aprehender correctamente como éstas se insertan en el conjunto del ordenamiento nacional, cuál es su fundamento último y cuál es el resultado que se pretende con su aplicación. Igualmente, hay que examinar cuál es el *enforcement* efectivo de cada norma, aunando de este modo los aspectos estático y dinámico de la ciencia jurídica (*Law in Books* y *Law in Action* en palabras de Roscoe Pound).

En nuestro caso, resulta indiscutible que la mayoría de los países del mundo tienen normas de defensa de la libre competencia para la intervención y disciplina de la economía de mercado. Sin embargo, como ya advirtiera el *Global Forum on Competition* de la OCDE, "dado que existen diferentes modelos potencialmente eficientes para implementar la política de defensa de la

competencia, cada uno de ellos encajando mejor en una jurisdicción o economía, la aplicación práctica del modelo elegido, determina o contribuye a determinar en gran medida los parámetros de eficiencia, transparencia y seguridad jurídica. Muchos de estos aspectos no tienen una conexión directa con el diseño institucional sino con el estilo administrativo (*enforcement style*) de las instituciones de defensa de la competencia".<sup>1</sup> Las variaciones pueden también estar en el objetivo último que se busca con la política de defensa de la competencia o lo que es lo mismo, en el fundamento ontológico de dicha política pública.

En Europa, la política de defensa de la competencia llegó de la mano del Plan Marshall de postguerra como exigencia de los aliados norteamericanos que veían en el llamado modelo de capitalismo del Rhin un peligroso potencial para la reproducción de poderosos monopolios industriales. No en vano, el germen de la UE fue el Tratado de París de 1951 que establecía la Comunidad Europea del Carbón y el Acero

---

1 OECD (2003) Global Forum on Competition <https://www.oecd.org/competition/globalforum/GlobalForum-February2003.pdf>.

(TCECA), materias que –a nadie se le escapa– constituyen los insumos básicos de la industria pesada y armamentística.

La idea general imperante era la integración a través del libre mercado donde el incremento de los flujos comerciales y la abolición de aranceles y barreras nacionales comportaría una mejor asignación de los recursos, un mayor bienestar para los ciudadanos, y a la vez, un mayor desarrollo y crecimiento. El mercado sería la principal herramienta de integración europea según los padres fundadores (Monnet).<sup>2</sup>

Sin embargo, el proceso europeo –experiencia de integración supranacional singular y única– parece haber olvidado el origen político de las normas de competencia donde lo importante es preservar la libertad económica de los ciudadanos. La integración también ha supuesto una alteración perceptible de las fronteras entre el mercado y el Estado, en el sentido de promover tanta competencia como sea posible y solo intervención donde sea necesario. Incluso en la provisión de los tradicionales servicios públicos se propugna la aplicación de las reglas de competencia y su excepción solo en los casos donde se justifique que la libre competencia impediría lograr la misión de servicio público (art. 106 TFUE).

El paradigma es indiscutible. Pero puede que se base en premisas algo sesgadas.

## 2. Los pioneros

En 1963 se aprueba en España la formalista y poco utilizada Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia<sup>3</sup> como exigencia –igual que en el

resto de la naciente Europa– de la potencia norteamericana. El profesor Garrigues, en un pequeño libro publicado en 1964<sup>4</sup>, ya advierte sobre la deficiente traslación a Europa de la política antitrust norteamericana: *“los principios norteamericanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania. (...) Y el móvil va a tener carácter exclusivamente político y militar antes que económico. Se creyó peligrosa la excesiva concentración de la potencia económica alemana que podía facilitar la preparación de una nueva guerra.”*<sup>5</sup> Así se entiende el llamado proceso de “descartelización” de la economía alemana. Sin embargo, lo más interesante es la distorsión de la idea norteamericana de prohibición de las concentraciones, por la equivalente europea de prohibición del abuso de la posición dominante. La concentración ya no será, *per se*, contraria al Derecho sino solamente en aquellos casos donde se abuse del poder de mercado. *“Ya no es una Ley contra el abuso del poder económico, sino que es una ley contra las limitaciones de la competencia. (...) Hay que reconocer que lo mismo que ocurre con el trasplante de los árboles, esa legislación perdió, al ser transportada a Europa, mucho de su primitivo rigor.”*<sup>6</sup>

Y tampoco es casual que la deficiente traslación del sistema norteamericano de intervención en el mercado se olvidara en Europa de los mecanismos de protección del consumidor cuyo estado de subdesarrollo sigue siendo incluso hoy en día muy sonrojante (vide la protección del consu-

tivas restrictivas de la competencia. BOE núm. 175 de 23 de julio de 1963.

4 Garrigues, J. *La defensa de la competencia mercantil. Cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra Prácticas Restrictivas de la Competencia*. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.

5 Garrigues, J. op. cit. p. 24.

6 Garrigues, J. op. cit. pp. 25 y 27.

2 Monnet, J. *Memorias*. Editorial Siglo XXI; Asociación de Periodistas Europeos y Banco Hispano Americano, Madrid, 1985.

3 Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prác-

midor financiero en la doctrina TJUE, pero la escasa capacidad de acción individual contra grandes empresas suministradoras de servicios de interés general).

Mi maestro Ballbé fue quien, quizás con más pasión, defendió la idea de la interpretación política de las normas de mercado. En su origen, la competencia debe entenderse como un principio político, constitucional y jurídico, antes que económico.<sup>7</sup> En Estados Unidos, los debates de la Sherman Act (1890) constatan esta idea: *“El propio senador de Ohio, Sherman explicaba agudamente el sentido de esta legislación que a su vez recogía los valores políticos y jurídicos: si los poderes concentrados de una sociedad son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real inconsistente con nuestra forma de gobierno, y deberían ser sujetos a la firme oposición del Estado y de las autoridades nacionales... Si no toleramos un rey absoluto como poder político, no deberíamos tolerar a un rey absoluto de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir.”*<sup>8</sup>

En definitiva, aunque de forma minoritaria, algunos autores ya habían destacado que el sentido último de las normas originarias de defensa de la competencia debe buscarse en la prevención de la concentración del poder económico que pueda poner en peligro la democracia, y de ello se deriva que la lucha antimonopolios no es una lucha neoliberal sino social. La principal finalidad del derecho de la competencia no es la eficiencia de las empresas sino la protección de los ciudadanos.<sup>9</sup>

7 Ballbé, M. “La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista” *Anuario de la Competencia*, 1997, pp. 107-123. Disponible en [www. https://anuario-competencia.fundacionico.es/s/anuario/page/home](https://anuario-competencia.fundacionico.es/s/anuario/page/home).

8 Ballbé, M. op. cit. p. 121.

9 Ballbé, M. op. cit. p. 115.

### 3. La administración Biden

El acceso a la presidencia de Estados Unidos de Norteamérica del senador demócrata Joe Biden ha supuesto la adopción de numerosas iniciativas para marcar un nuevo rumbo a la política nacional en una gran multitud de políticas sectoriales. Una de ellas, sin duda, puede apreciarse en la defensa de la competencia y la intervención en los mercados. Para ello se han aprobado decenas de Executive Orders entre las que destacamos la que aquí interesa: la 14036 de 9 de julio de 2021 con el título *Promoting Competition in the American Economy*.<sup>10</sup>

Aunque una orden ejecutiva presidencial puede interpretarse como un instrumento legal limitado a ofrecer unas directrices generales del presidente de los Estados Unidos a su gobierno federal, lo cierto es que éste goza en el ordenamiento USA de una amplia base constitucional que le otorga competencia ejecutiva y un poder de orientación para determinar cómo hacer cumplir la ley o administrar los recursos y el personal del poder ejecutivo federal. La orden de la que hablamos afecta nada más y nada menos que al Fiscal General, al Secretario del Tesoro, al Departamento de Justicia, a la Federal Trade Commission y horizontalmente a los departamentos y agencias de telecomunicaciones, agricultura, comercio, trabajo, salud y transporte. Los objetivos de la Orden son tan variados como: (i) conseguir abaratar los precios de las medicinas y de ciertos implantes auditivos; (ii) facilitar la devolución de importes de billetes de avión, (iii) hacer más transparentes los contratos provisión de servicio de Internet, entre otros muchos.

10 Texto íntegro disponible en <https://www.federalregister.gov/documents/2021/07/14/2021-15069/promoting-competition-in-the-american-economy>



Lo verdaderamente interesante, sin embargo, reside en la recuperación del paradigma originario de la política antitrust, es decir, la prevención de la perniciosa concentración económica. Desde el punto de vista contextual, la Orden constata como la falta de competencia no solo afecta a los precios y a la posición del consumidor. También frena el crecimiento económico y la innovación. En medio siglo (1970-2020) la tasa de formación de nuevas empresas ha caído en EEUU casi un 50% ya que las grandes empresas dificultan que los emprendedores con ideas consigan entrar en los mercados cuya estructuran copan. Hay menos oportunidades para que las empresas pequeñas e independientes accedan a los mercados.

Durante ese mismo período, la concentración empresarial se ha acelerado. En la actualidad en más del 75% de sectores, un número relativamente reducido de grandes empresas ahora controla más cuota de mercado que hace veinte años. Esto es especialmente visible en los sectores de la salud, los servicios financieros, o la agricultura.

Originariamente, cuando anteriores gobiernos federales enfrentaron amenazas similares a causa del creciente poder empresarial, no vacilaron en tomar medidas drásticas. A principios de la década de 1900, la administración de Theodore Roosevelt (1901-1909) disolvió los cárteles que controlaban la economía (Standard Oil, los ferrocarriles de J.P. Morgan y otros), lo que abrió la oportunidad de entrar en esos negocios a empresas de menor dimensión. A finales de la década de 1930, la administración de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945) intensificó la aplicación de las leyes antimonopolio, aumentando más de ocho veces el número de casos investigados por las autoridades federales en solo dos años, y emprendiendo acciones de

aplicación de la política de competencia que ahorraron a los consumidores miles de millones en dólares y ayudaron a desencadenar décadas de crecimiento económico sostenido e inclusivo.

Pero lo que más nos interesa destacar de la Executive Order es el marco general (*Policy Statement*) de la norma que marca el que creemos es un nuevo entendimiento de la política de defensa de la competencia para la administración Biden. No se trata ya solo de perseguir eficiencia económica y bienestar de los consumidores sino de volver a lo que el Tribunal Supremo ya había calificado como “un entorno compatible con la preservación de nuestras instituciones políticas y sociales democráticas” (*USSC Northern Pacific Railway Co. V. US, 356 US 1 (1958)*).<sup>11</sup>

Según se explicita en la Orden: “un mercado justo, abierto y competitivo ha sido durante mucho tiempo la piedra angular de la economía estadounidense, mientras que la concentración excesiva del mercado amenaza las libertades económicas básicas, la rendición de cuentas democrática y el bienestar de los trabajadores, agricultores, pequeñas empresas, nuevas empresas y consumidores.

La promesa estadounidense de una prosperidad amplia y sostenida depende de una economía abierta y competitiva. Para los trabajadores, un mercado competitivo crea más empleos de alta calidad y la libertad económica para cambiar de trabajo o negociar un salario más alto. Para las pequeñas empresas y los agricultores, crea más opciones entre los proveedores y los principales compradores, lo que genera más ingresos para llevar a casa, que pueden reinvertir en sus empresas. Para los empresarios, brinda espacio para ex-

<sup>11</sup> Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/>

perimentar, innovar y perseguir las nuevas ideas que durante siglos han impulsado la economía estadounidense y mejorado nuestra calidad de vida. Y para los consumidores, significa más opciones, mejor servicio y precios más bajos.

Sin embargo, durante las últimas décadas, a medida que las industrias se han concentrado, la competencia se ha debilitado en demasiados mercados, negando a los estadounidenses los beneficios de una economía abierta y aumentando la desigualdad racial, de ingresos y riqueza. La inacción del gobierno federal ha contribuido a estos problemas, y los trabajadores, los agricultores, las pequeñas empresas y los consumidores han pagado el precio.

La concentración ha aumentado el poder de los empleadores corporativos, lo que dificulta a los trabajadores negociar salarios más altos y mejores condiciones de trabajo. Las empresas poderosas requieren que los trabajadores firmen acuerdos de no competencia que restringen su capacidad para cambiar de trabajo. Y, si bien muchos contratos de trabajo son fundamentales para aumentar los salarios de los trabajadores y especialmente de los trabajadores de color, algunos requisitos de los mismos son demasiado restrictivos y pueden impedir la capacidad de los trabajadores para encontrar trabajo y moverse entre los estados.

La concentración de la industria agrícola está dificultando la supervivencia de las pequeñas explotaciones familiares. Los agricultores se encuentran aplastados entre un poder de mercado concentrado en las industrias de insumos agrícolas (proveedores de semillas, fertilizantes, piensos y equipos) y un poder de mercado concentrado en los canales de venta de productos agrícolas. Como resultado, la participación de los agricultores en el valor de sus productos agrícolas ha disminuido y los avicul-

tores, porcicultores, ganaderos y otros trabajadores agrícolas luchan por conservar la autonomía y obtener beneficios dignos.

Pero tal vez donde mayor impacto puede presentar la nueva filosofía antimonopolio sea en el sector de la tecnología de la información estadounidense. Aunque es innegable que ha sido durante mucho tiempo un motor de innovación y crecimiento, hoy en día un pequeño número de plataformas de Internet dominantes utilizan su poder para excluir a los participantes del mercado, extraer beneficios monopolísticos y recopilar información personal privada que pueden explotar para su propio beneficio, mediante técnicas como mínimo cuestionables. Demasiadas pequeñas empresas en toda la economía dependen de esas plataformas y algunos mercados en línea para su supervivencia. Y demasiados periódicos locales han cerrado o reducido su tamaño, en parte debido al dominio de las plataformas de Internet en los mercados publicitarios.

La concentración alcanza al sector de la provisión de servicios sanitarios, donde las grandes cadenas de hospitales han dejado muchas áreas, particularmente las comunidades rurales, con opciones de atención médica inadecuadas o muy costosas. Y con demasiada frecuencia, las patentes y otras leyes se han utilizado indebidamente para inhibir o retrasar, durante años e incluso décadas, la competencia de los medicamentos genéricos, negando a los estadounidenses el acceso universal a ciertos medicamentos."

Como el lector fácilmente puede constatar estas mismas patologías se producen en Europa y España con el reciente debate sobre la formación de los precios en la cadena alimentaria, la desprotección social de los trabajadores de las cadenas de distribución (*riders*), las acciones de la Comisión Europea sobre Google o Facebook, o

la escasa dotación de recursos destinados a la atención sanitaria primaria tan crudamente a la vista durante la emergencia pandémica.

Para todo ello, la Orden afirma que es una política de la nueva Administración federal, “hacer cumplir las leyes antimonopolio para combatir la concentración excesiva de la industria, los abusos del poder de mercado y los efectos dañinos del monopolio y el monopsonio, especialmente cuando estos problemas surgen en los mercados laborales, los mercados agrícolas, las industrias de plataformas de Internet, mercados de atención médica (incluidos los mercados de seguros, hospitales y medicamentos recetados), mercados de reparación y mercados de los Estados Unidos directamente afectados por la actividad de los cárteles extranjeros.

También es política de mi Administración hacer cumplir las leyes antimonopolio para hacer frente a los desafíos que plantean las nuevas industrias y tecnologías, incluido el surgimiento de las plataformas de Internet dominantes, especialmente porque se derivan de fusiones en serie, la adquisición de competidores incipientes, la agregación de datos, la competencia desleal en los mercados de atención o la vigilancia de los usuarios y la presencia de efectos de red.

Mientras que décadas de concentración de la industria a menudo han llevado a una concentración excesiva del mercado, esta Orden reafirma que Estados Unidos retiene la autoridad para impugnar transacciones cuya consumación previa violaba la Sherman Act (26 Stat. 209, 15 USC 1 et seq.), la Clayton Act (38 Stat. 730, 15 USC 12 et seq.) u otras leyes. Ver 15 U.S.C. 18; Standard Oil Co. v. Estados Unidos, 221 U.S. 1 (1911).<sup>12</sup>

Esta Orden reafirma como política de los Estados Unidos que la respuesta al creciente poder de los monopolios y cárteles extranjeros no es la tolerancia de la monopolización nacional, sino más bien la promoción de la competencia y la innovación por parte de empresas pequeñas y grandes, en el país y en todo el mundo.

También es política de mi Administración apoyar reformas legislativas agresivas que reducirían los precios de los medicamentos recetados, incluso permitiendo que Medicare negocie los precios de los medicamentos, imponiendo límites de inflación y mediante otras reformas relacionadas.”

Todo lo dicho hasta aquí demuestra un entendimiento más amplio del concepto meramente económico de libre competencia, bienestar y protección del consumidor. Pese a que es la ciencia económica la que ha estudiado en profundidad su aplicación práctica, no hay que olvidar el sentido último de la política pública de defensa de la libre competencia: la protección del ciudadano y del propio sistema democrático. La concentración del poder, tanto político como económico, supone una amenaza que el Derecho debe, al menos, vigilar.

*“Los juristas presuponen el concepto económico de competencia. Pero la competencia es un concepto que excede de la economía. Hay competencia en el deporte, en la ciencia, en el amor. (...). En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es pues un fenómeno jurídico aunque los móviles sean económicos. Y si el Dere-*

12 Para ello se crea el *Merger Retrospective Program*

en el seno de la Federal Trade Commission. <https://www.ftc.gov/policy/studies/merger-retrospectives>.

cho supone siempre una limitación dentro de la libertad, es claro que no cabe concebir una libre competencia en el sentido de competencia ilimitada o anárquica, sin más norma que la voluntad omnimoda de los competidores.”<sup>13</sup>

Y, de nuevo, Ballbé ya lo destacaba hace 25 años: “Aunque el término monopolio se asocia ahora automáticamente a la economía, históricamente la lucha contra el monopolio ha tenido un componente político y cultural. El germen del sistema democrático reside en la lucha contra la concentración del poder. Es en esta perspectiva histórica donde se puede comprobar que la lucha por la democracia comienza por la lucha contra el monopolio en cualquiera de sus vertientes, aunque en muchas ocasiones nos hemos fijado únicamente en el monopolio político concretado en el Estado absolutista y la concentración de todos los poderes y funciones, –ejecutivo, legislativo y judicial– en el monarca. (...) No son, por tanto, argumentos económicos o de eficiencia del mercado los que hacen surgir el concepto de competencia, incluso en el ámbito de la competencia económica, sino argumentos y valores cívicos y políticos que forman el embrión democrático. Como se ha señalado recientemente, a pesar de que los “modernos analistas basan sus argumentos en favor del libre mercado en términos de eficiencia, Coke invocó directamente los derechos fundamentales, la libertad y la supremacía del Common Law. El suyo fue un argumento constitucional.”<sup>14</sup>

13 Garrigues, J. *La defensa de la competencia mercantil. Cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra Prácticas Restrictivas de la Competencia*. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, p. 12.

14 Ballbé, M. y Padrós, C. *Estado competitivo y armonización europea. Los modelos norteamericano y europeo de integración*. Editorial Ariel, Barcelona, 1997, p.17. Con cita de Yandle, B. “Sir Edward Coke and the struggle for a new constitutional order”. *Constitutional Political*

En síntesis, no hay ninguna duda de los efectos perniciosos de la concentración empresarial para la libre competencia y el carácter democrático de la sociedad norteamericana. La situación es perjudicial para valores tan importantes como la pluralidad de medios de comunicación, la capacidad de negociación colectiva de los trabajadores, la justa retribución de los productores primarios, el acceso al mercado de nuevas industrias, la protección del consumidor financiero, la protección de datos personales, la provisión de servicios sanitarios en zonas poco pobladas, etc. Como el lector puede fácilmente constatar, ninguno de estos objetivos de la política antitrust norteamericana tienen relación directa con la eficiente asignación de los recursos, la maximización de beneficios, ni tan siquiera con la disciplina de precios al consumidor.

Los valores que la Executive Order propugna como opción política son la protección del ciudadano contra el excesivo poder económico. La concentración empresarial supone un peligro para los derechos democráticos y las mínimas reglas que rigen el contrato social en Estados Unidos. No ofrece duda el tweet del presidente Biden el 9 de julio de 2021: “*Let me be clear: capitalism without competition isn't capitalism. It's exploitation.*”

#### 4. Una nueva luz sobre la cuestión

La cuestión de la aplicación de las leyes antimonopolio presenta, como mínimo, dos aspectos nuevos: la enorme acumulación de poder de las empresas tecnológicas y la tensión entre consumidor y trabajador. En el primer aspecto, la capitalización de Apple rebasaba los dos billones de dólares (NASDAQ 2020), superando con creces al

*Economy*, 4, 263–285 (1993). <https://doi.org/10.1007/BF02393082>.

PIB nominal de países como Italia, Brasil, Canadá, Rusia o España. Si estos datos pueden llegar a marear no lo hacen menos los de Facebook, que con un valor de 303,17 dólares por acción<sup>15</sup>, arroja un valor total por encima de 1 billón, más que Japón, Alemania o Reino Unido. Por su parte, Netflix, Google y Amazon, la reina de las tecnológicas, suman igualmente valores estratosféricos. El poder de las tecnológicas es incuestionable. Juntas pueden llegar a suponer un auténtico desafío en la configuración de la economía mundial. Dentro de ese prisma estratégico, destaca su control del mercado, que se extiende a toda la cadena de valor del antiguo concepto 'tecnología'. Su campo de actuación abarca desde la arquitectura física del hardware, a la de mayor valor competitivo del software o incluso a los contenidos, como es el caso de Netflix, Amazon Prime o, en menor medida, HBO.<sup>16</sup> Con datos de 2019, resulta que más del 50% del comercio electrónico se concentra en Amazon y más del 70% del tráfico de Internet se aloja en sitios operados por Google o Facebook.

Ello se explica porque las empresas que basan su negocio en la tecnología gozan de economías de escala en la inversión. Este no es un patrón desconocido: históricamente, el advenimiento de las principales nuevas tecnologías ha recompensado de manera desproporcionada a los acumuladores de capital y a los inversores, ciertamente hacia el comienzo de un ciclo económico tecnológico, y al hacerlo, exagera la desigualdad. Los ricos se hacen muy ricos. En ese sentido, las *Big Tech* de hoy se parecen a las empresas de ferrocarriles y

acero de finales del siglo XIX, cuando nace precisamente la preocupación política por los monopolios y las leyes de defensa de la competencia. Sin embargo, la administración federal y los tribunales del siglo XX han sido dominados por escuelas de pensamiento liberales que han impedido cualquier cambio en las normas y la vuelta a los orígenes de la política de mercado.

Afortunadamente, nuestra cultura contemporánea está ahora más alerta con la cuestión de la desigualdad, lo que hace que estas circunstancias sean políticamente intolerables y se propugne la revisión del sentido de las normas de competencia. Este es, creemos, el entendimiento último de la actual *Executive Order* 14036.

Igualmente impactante es el paralelismo que resulta de la estrategia de crecimiento entre los monopolios clásicos y las nuevas empresas tecnológicas: el enorme poder de las plataformas se utiliza para sofocar la competencia. Google ofrece muchos servicios de forma gratuita, gracias al poder de compensación de su flujo de ingresos publicitarios; Amazon vende cosas por un coste, o incluso menos, para ganar participación de mercado a expensas de los aspirantes a competidores. A largo plazo la estrategia impide la competencia. Standard Oil basó su crecimiento en la compra de empresas competidoras (hasta 40). En 2021, Facebook lo ha hecho ya con 70.

En segundo lugar, la libre competencia únicamente centrada en la disciplina de los precios y el beneficio del consumidor coloca al trabajador en una situación de enorme debilidad en las relaciones laborales. Las plataformas económicas deben competir con información perfecta lo que presiona los precios a la baja. Sin diferenciación de calidad e innovación, el consumidor puede optar por el precio más bajo lo que implica un ineludible deterioro de los salarios. Con el paradigma neoliberal

<sup>15</sup> Valor a cierre de mercado el 21 de enero de 2022.

<sup>16</sup> Crescente, D. "La dictadura de las 'big tech' amenaza ya el poder económico de los estados", *La Información*, 29 de diciembre de 2020. Disponible en <https://www.lainformacion.com/empresas/dictadura-de-big-tech-amenaza-poder-economico-de-estados/2824814/>

relativo a la bondad de los precios bajos, el sesgo pro-consumidor se revela problemático y de ahí que la *Executive Order* 14036 haga especial énfasis en este aspecto –que podemos definir como externalidad laboral negativa– de la política de competencia.

En el pasado, pocos se habrían preguntado si los bajos salarios, por razones morales y sociales, deberían elevarse mediante la intervención en el mercado laboral. Pero esta misma idea ahora se anuncia con lemas como “un salario digno” o “trabajador pobre”. Históricamente, los remedios para la protección del trabajo, en particular, el derecho fundamental a la negociación colectiva, se desarrollaron fuera del marco de la política antimonopolio. El símbolo preeminente de esa protección fue el Departamento de Trabajo y su Oficina de Estadísticas Laborales cuyo brazo operativo era la Junta Nacional de Relaciones Laborales, o NLRB, establecida en 1935 como parte clave del New Deal. De nuevo, los tribunales estadounidenses se han mostrado reacios a criticar a las grandes tecnologías (o grandes farmacéuticas o grandes agrícolas) por sus prácticas anticompetitivas. En ausencia de un contrapeso sindical, la NLRB es prácticamente impotente: por ejemplo, a fines de junio de 2021 un tribunal federal desestimó una demanda presentada por algunos fiscales generales estatales y la Comisión Federal de Comercio (FTC) contra Facebook. En opinión del tribunal, la FTC no demostró que Facebook actuara como un monopolio.<sup>17</sup>

Un ejemplo paradigmático de lo anterior puede verse en la votación en la empresa Amazon sobre la conveniencia (*sic*) o menos de la sindicación de sus trabajadores.<sup>18</sup>

17 Garfinkle, A. “Will Hipster antitrust cure american ills?”. *The Cosmopolitan Globalist*, 6-9-2021. Disponible en <https://claireberlinski.substack.com/p/will-hipster-antitrust-cure-americas>

18 Streitfeld, D. “How Amazon Crushes Unions”,

Esta nueva visión de la defensa de la competencia que se desprende de la nueva *Executive Order* se ha trasladado también a la propia Federal Trade Commission con el nombramiento el 15 de junio de 2021 de una joven (32 años) presidenta Lina Kahn. Según su concepción:<sup>19</sup>

a) No existen las “fuerzas” del mercado. La Escuela de Chicago asume que las estructuras de mercado surgen en gran parte a través de “fuerzas naturales”. Los Neo Brandeisianos, por el contrario, creen que la economía política está estructurada solo a través de la ley y la política. Esto es de vital importancia, ya que significa que, a diferencia de muchos académicos de Chicago, los brandeisianos no reconocen ninguna forma de organización o cualquier tipo de poder como inevitable. Los avances tecnológicos pueden invertir los equilibrios existentes de manera que faciliten la concentración, pero así como el gobierno puede estructurar la política económica para fomentar la innovación, también puede garantizar que los frutos de la innovación no se utilizan para capturar privadamente el control sobre los mercados.

b) La política antitrust debe centrarse en estructuras y procesos de competencia, no de resultados. El Congreso originalmente aprobó leyes antimonopolio para proteger contra concentraciones excesivas del poder privado y para proteger las estructuras del mercado que distribuyó oportunidades individuales y prosperidad. Para la mayor parte del siglo pasado, los encargados de hacer cumplir la ley antimonopolio lograron este fin no centrándose en

*New York Times*, 16-03-2021. Disponible en <https://www.nytimes.com/2021/03/16/technology/amazon-unions-virginia.html>

19 Kahn, L. “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate” *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, March 2018, 131–132. Y anteriormente, Kahn, L.M. “Amazon’s Antitrust Paradox” *Yale Law Journal*, vol 126 n° 3. Jan 2017.

## IUSTITIA·DIVINE..

Ripa Cesare, *Iustitia divina*, 1643

ningún resultado específico, sino asegurar que los mercados se estructuraran de manera que promovieran apertura y competencia. La Escuela de Chicago se centra en el supuesto “bienestar del consumidor”, como resultado final sin tener en cuenta que la política de defensa de la competencia no tiene ese único objetivo.

c) Los encargados de hacer cumplir la ley y los tribunales se centrarán principalmente en promover la “eficiencia” en la concepción de que esto resultará en precios bajos para los consumidores. La fijación por la eficiencia, a su vez, ha cegado a muchos de los daños causados por el excesivo poder de mercado, lo que incluye, además de los consumidores, a los trabajadores, proveedores, innovadores y empresarios independientes.

El resultado de todo ello implica reenfocar la defensa de la competencia hacia las estructuras de los mercados más que hacia las conductas y aspirar a disponer de un conjunto más amplio de medidas para evaluar el poder de los gigantes tecnológicos. De este modo la política de defensa

de la competencia se centra en el proceso competitivo y no en los precios. Para saber si existe competencia efectiva en un sector, especialmente en el caso de las plataformas ‘online’, hay que analizar la estructura y dinámica en la que se basa ese sector. Los precios no importan tanto –en algunos casos la estrategia se basa en la gratuidad– como el uso que las compañías hacen de los mismos para ganar poder en sus negocios. La clave del análisis es su posición dominante en múltiples actividades que hace a millones de empresas en todo el mundo depender de una plataforma para ganarse la vida en internet.<sup>20</sup>

En el futuro inmediato veremos si este cambio de enfoque puede desembocar en la desagregación de las grandes empresas (Google, Apple, Facebook o Amazon),

<sup>20</sup> Es muy crítica Christine S. Wilson, consejera de la FTC desde 2018 en su “The Neo-Brandeisian Revolution: Unforced Errors and the Diminution of the FTC” *Remarks for the ABA Antitrust Law Section’s 2021 Fall Forum*. Nov 9, 2021. Disponible en [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1598399/ftc\\_2021\\_fall\\_forum\\_wilson\\_final\\_the\\_neo\\_brandeisian\\_revolution\\_unforced\\_errors\\_and\\_the\\_diminution.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1598399/ftc_2021_fall_forum_wilson_final_the_neo_brandeisian_revolution_unforced_errors_and_the_diminution.pdf)

como ya se hiciera en el pasado con AT&T, Standard Oil o J.P. Morgan.<sup>21</sup> Pero parece claro que debería explorarse la posibilidad de aplicar el nuevo entendimiento de las normas de competencia para lograr no solo disminuir su tamaño sino para considerar las plataformas como “utilities” (equivalente anglosajón a nuestra idea de servicio de interés general), al tiempo que

se debería limitar la integración vertical entre plataformas y proveedores de contenidos.<sup>22</sup>

Casi un siglo después, resuenan poderosamente las palabras atribuidas al juez Louis Brandeis: “*We can have democracy in this country, or we can have great wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both.*”

---

21 Así lo propugnaba Elisabeth Warren, quien fuera candidata a las primarias del partido demócrata a la presidencia federal y hoy senadora por Massachussets. Warren, E. “It’s time to break up Amazon, Google and Facebook” 8 de marzo de 2019. Disponible en <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad-9e0da324c>. Cfr. igualmente WU, T. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia University, New York, 2018.

---

22 Al escribir estas páginas aparece la noticia de la compra por Microsoft de la empresa desarrolladora de videojuegos Activision Blizzard, operación por la que se pagarán 70.000 millones de dólares. La compra bate todos los records económicos y hace palidecer la anterior (2020) por la que misma Microsoft adquirió Bethesda Softworks (7.500 millones de dólares).



# Luigi Ferrajoli: Una constitución para la tierra

Luis PRIETO SANCHÍS

Hablar de una Constitución de la Tierra común para todo el género humano sin duda suena a utopía, a fantasía bien intencionada que nos invita a imaginar un paraíso de imposible realización en este planeta. Pero el libro de Ferrajoli<sup>1</sup> rechaza expresamente el calificativo de utopía y huye de cualquier recreación literaria de un «hombre nuevo» felizmente reconciliado con la naturaleza y con los demás hombres. Por el contrario, la suya quiere ser una respuesta racional y articulada a los grandes desafíos que ensombrecen el futuro de la humanidad en este siglo XXI y que no obtienen satisfacción adecuada en el marco político y jurídico alumbrado por el constitucionalismo ilustrado, que fue un marco anclado en la soberanía nacional, limitado al derecho público y a la protección de los derechos, especialmente de las libertades y sólo frente al estado. Aunque el objetivo último sigue siendo hoy como entonces la garantía de la paz y de los derechos fundamentales, su protección reclama el diseño institucional de nuevos instrumentos que estén a la altura

de las catástrofes globales que, éstas sí, representan ya una realidad indiscutible. Esos nuevos instrumentos se anuncian justamente en ese ambicioso proyecto de Constitución de la Tierra capaz de imponer límites negativos y vínculos positivos a los poderes salvajes de los estados soberanos y de los mercados globales, en garantía de los derechos de las personas y de los bienes comunes al conjunto del planeta. La alternativa es radical, necesaria y no sólo deseable: «o se desarrolla un proceso constituyente de carácter supranacional, esto es, la construcción de una esfera pública planetaria ampliada, capaz de imponer límites a la soberanía salvaje de los estados más poderosos y de los mercados globales, en garantía de los derechos y de los bienes vitales de todos, o bien estarán en peligro no sólo nuestras democracias sino también la paz y la vida en el planeta».

El libro consta de tres partes diferenciadas, aunque íntimamente conectadas entre sí: la primera examina las emergencias o catástrofes globales que requieren un constitucionalismo más allá del estado para que puedan ser atajadas o cuando menos combatidas mediante las garantías adecuadas; la segunda pretende poner en evidencia los límites o insuficiencias

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2022.

que presentan las actuales constituciones nacionales y los vigentes tratados internacionales para lograr ese fin y asegurar la universalidad efectiva de los derechos y la protección de los bienes comunes. Finalmente, la tercera contiene una propuesta de ampliación del paradigma constitucional en tres direcciones: más allá de la soberanía, más allá del derecho público y más allá de la sola protección de los derechos fundamentales para alumbrar un constitucionalismo global o supranacional, un constitucionalismo también de derecho privado y un constitucionalismo de los bienes comunes. El volumen se cierra con el texto articulado de un borrador o propuesta de Constitución de la Tierra preparada por el propio autor para la asamblea que tuvo lugar en Roma el 21 de febrero de 2020. De manera que cuanto precede a ese texto y que ahora nos disponemos a comentar quizás podría considerarse como una esmerada y extensa Exposición de Motivos de la Constitución.

Cinco son las emergencias globales que cabe identificar y que en conjunto hacen necesaria una Constitución de la Tierra para preservar no sólo los derechos de las personas, sino hasta la propia supervivencia de la humanidad: las catástrofes ecológicas, como el calentamiento climático, la contaminación del aire y de las aguas, etc.; las guerras nucleares y las amenazas a la paz que supone la tenencia de armas cada día más mortíferas; las lesiones de los derechos fundamentales, que comprenden desde las violaciones masivas de las libertades provocadas por regímenes despóticos hasta las condiciones de miseria que cada año determinan la muerte de millones de personas; la explotación ilimitada del trabajo efectuada por grandes empresas aprovechando la ausencia de garantías laborales en otros países; y, por último, las migraciones masivas, que además de pro-

vocar todos los años millares de muertos, alimentan la clandestinidad, el veneno racista y la pérdida del sentido moral.

Se trata de fenómenos heterogéneos, más o menos dependientes de concretas acciones u omisiones de los poderes públicos o de los mercados, pero que tienen en común su alcance global y, sobre todo, la insuficiencia de las actuales constituciones nacionales para combatirlos. Insuficiencia, bien por las propias limitaciones que impone la soberanía y sus prerrogativas para tratar estos desafíos como «asuntos internos» pese a su naturaleza global; bien porque esas constituciones no tuvieron en cuenta la protección de ciertos *bienes fundamentales* –como el agua potable o el aire– o la prohibición de *bienes ilícitos* –las armas nucleares de manera inderogable, pero también las convencionales– aunque la garantía de unos y eliminación de otros representen objetivos tan *vitales* como lo fueron y lo siguen siendo los derechos fundamentales.

Por otra parte, el constitucionalismo ligado a la soberanía concibió siempre los derechos como prohibiciones o (más raramente) como obligaciones dirigidas en todo caso a los poderes públicos, pero la protección frente a las nuevas emergencias globales comporta también una decidida intervención en el mercado, es decir, postula un constitucionalismo global también de derecho privado. En particular, el desplazamiento de las actividades productivas de las grandes empresas a terceros países, unas veces guiadas por la explotación abusiva de los recursos naturales y siempre a la búsqueda del puro beneficio aprovechando los salarios de miseria y la ausencia de garantías laborales, viene a perpetuar un régimen de explotación semiesclavista, con frecuencia trufado de corrupción con las autoridades locales. Además de lo que tenga en sí de recusable, este panorama

genera otras consecuencias no menos perniciosas, como el conflicto teñido de xenofobia entre los trabajadores de la «metrópoli» y los trabajadores de la «colonia», es decir, «de quien está abajo contra quien está más abajo todavía». Pero sobre todo son esa miseria y esas condiciones de trabajo las que explican el afán migratorio de tantos desesperados que pierden su vida en el mar o contra los muros fronterizos, lo que nos revela cada día la palmaria contradicción entre la universalidad e intangibilidad que nos gusta atribuir a los derechos y su continuo desmentido en la práctica. Por eso no es exagerado afirmar que «en la cuestión de los migrantes se juega hoy el futuro de nuestra civilidad».

Crímenes de sistema. Así es como califica Ferrajoli esta clase de emergencias. Obviamente, no se trata de crímenes en sentido jurídico penal, pues ni las víctimas ni los autores son por lo común personas individuales y concretas; las víctimas son pueblos enteros y a veces la humanidad en su conjunto, y la responsabilidad tampoco puede hacerse recaer por lo general en personas singulares, sino en los mecanismos de un sistema económico y político que bien puede calificarse de «anarcocapitalismo global». El derecho penal no puede hacer frente a este género de agresiones, menos aún un derecho penal garantista. Y, sin embargo, tampoco estamos ante hechos naturales, sino ante auténticos actos ilícitos que suponen la violación de los derechos de las personas, empezando por el derecho a la vida y a la salud, que exigen una respuesta jurídica en forma de jurisdicciones orientadas, no a la condena de sujetos responsables (aunque esto tampoco debe excluirse cuando se hayan cometido delitos), sino a la investigación de los hechos y a la fijación de responsabilidades políticas, al modo de las llamadas Comisiones de la verdad.

La segunda parte del libro se dedica a un análisis más detallado de los límites e insuficiencias que presentan los constitucionalismos nacionales y los vigentes instrumentos internacionales para responder adecuadamente a estos crímenes de sistema. Un constitucionalismo común a todo el género humano es hoy una necesidad vital, que por otro lado tampoco debe concebirse como una ampliación de lo que son los constitucionalismos nacionales, como una mera suma de nuevas herramientas, sino como la cabal actuación o aseveración de los que fueron sus valores fundacionales. Y esto ante todo requiere resolver dos contradicciones permanentes, nunca del todo superadas, pero que hoy se han visto agravadas en el marco de la globalización. La primera contradicción es entre la proclamada *universalidad* de los derechos y la *ciudadanía* como condición de sus garantías. La segunda es entre el principio de la paz y la *soberanía* de los estados. Ciudadanía y soberanía han de ser redefinidas, dice Ferrajoli, aunque quizás fuese más acertado decir desde su propia óptica que deben ser disueltas: la ciudadanía en la mera condición de persona como única condición de la titularidad de los derechos; esto es, la ciudadanía corresponde a todos o, lo que es equivalente, no es privilegio de nadie. Y, del mismo modo, en el marco del paradigma constitucional la soberanía sólo puede corresponder al pueblo, no a una asamblea o gobierno, pero no siendo el pueblo un macrosujeto sino el conjunto de los asociados, la soberanía se fragmenta en los derechos de cada uno o, lo que es lo mismo, tampoco la soberanía corresponde a nadie. La Constitución de la Tierra no se presenta así como una superación negadora del constitucionalismo ilustrado, sino como su más cabal culminación.

En el plano interno, las actuales democracias se muestran impotentes y sus

respuestas inadecuadas. Por muchos motivos, pero tal vez el más evidente viene dado por sus propios límites espaciales y por la conocida doctrina de los «asuntos internos», que impiden articular medidas efectivas para numerosos desafíos globales, como son la migración, el hambre o las enfermedades no tratadas que aquejan a gran parte de la población del planeta. Pero además de esos límites, sucede que en un mundo de soberanías desiguales y a la vez en creciente interdependencia, ha dejado de ser verdad que las decisiones más importantes correspondan a poderes democráticos nacionales, siempre condicionados, a veces de manera decisiva, por las políticas diseñadas por las mayores potencias o por las instituciones internacionales que ellas controlan. La refundación de la democracia a escala global se muestra entonces como una necesidad jurídica si es que se quiere dar cabal cumplimiento a la justificación fundacional de las cartas constitucionales entendidas como pactos de convivencia entre diferentes y desiguales, y no como plasmaciones de un misterioso espíritu de pueblos soberanos. No hacerlo así equivale a frustrar la vigencia de los derechos humanos y de los grandes principios de igualdad y dignidad, que se mantendrían proclamados en constituciones, declaraciones y tratados, pero al mismo tiempo negados en la práctica para la mayoría de la humanidad.

Y tampoco en el plano internacional el panorama es mucho más satisfactorio. Es verdad que declaraciones y tratados, regionales o universales, han procurado incorporar el bagaje filosófico que dio vida al constitucionalismo, en especial tablas de derechos humanos homologables con las que habían consagrado las cartas constitucionales. Pero los grandes desafíos globales reclamarían respuestas asimismo universales que sólo Naciones Unidas es-

taría en condiciones de articular. Sin embargo, Naciones Unidas ha fracasado y sigue fracasando en el cumplimiento de sus prometedoras declaraciones de principio. Al menos por dos motivos: la ausencia de un sistema de garantías eficaz frente a los continuos incumplimientos de las obligaciones estatales; y el protagonismo de los estados como sujetos prácticamente exclusivos del derecho internacional. Y, con todo, esa llamativa contradicción entre lo prometido y lo efectivamente garantizado representa un estímulo transformador del actual estado de cosas.

La alternativa que propone Ferrajoli no es una suerte de estado mundial en el que habrían de disolverse los actuales estados nacionales, ni tan siquiera un estado mundial democrático, algo por lo demás improbable y tal vez tampoco deseable. La alternativa consiste en una Federación de la Tierra donde las entidades federadas (los estados) asumirían básicamente las funciones de gobierno que se mueven dentro de la *esfera de lo decidible*, es decir, de aquello que está permitido hacer dentro de la constitución, mientras que le correspondería a la federación el desempeño de las funciones de garantía, tanto primaria como secundaria, esto es, se movería en la *esfera de lo indecible* porque sometido al derecho. Este es el esquema institucional de la Constitución de la Tierra: a las declaraciones de derechos se sumarían como competencias de la federación las *garantías primarias* que aseguran su cumplimiento (las prohibiciones de lesión de las libertades, pero también las obligaciones de prestación requeridas por los derechos sociales) y las *garantías secundarias* o jurisdiccionales llamadas a remediar las violaciones de las anteriores prohibiciones u obligaciones. De este modo, deberían diseñarse nuevas instituciones de garantía primaria, como un servicio sanitario

mundial, un demanio planetario, un fisco global, etc., que bien pueden considerarse como *lagunas* del actual derecho internacional; y también nuevas instituciones de garantía secundaria, singularmente un Tribunal constitucional global.

La tercera parte de la obra desarrolla este programa federalista de extensión del paradigma constitucional en cuatro direcciones: supranacional, de derecho privado, de los bienes fundamentales y de los bienes ilícitos.

El constitucionalismo supranacional superador de los límites que hoy impone la soberanía ha de tener por objeto tanto la preservación de la paz como de los derechos fundamentales y comporta por ello dos clases de medidas: en orden al mantenimiento de la paz, la prohibición de la guerra, ya proclamada en el Tratado de Roma de 1998 que estableció el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, pero que ha permanecido lamentablemente inefectiva; y la abolición de los ejércitos nacionales y la constitución de una fuerza militar en manos de la Federación de la Tierra, que habría de monopolizar así el uso de la fuerza. En relación con las libertades y derechos violados constante y reiteradamente en buena parte del mundo, el fortalecimiento del Tribunal Penal Internacional incluso para aquellos estados que no lo han aprobado, al menos en la modalidad de «juicios de la verdad»; y el establecimiento de un control de constitucionalidad para la anulación de los actos inválidos que violen algún derecho.

El constitucionalismo de derecho privado representa una ampliación del paradigma constitucional propugnada desde antiguo por Ferrajoli para el orden interno de los estados y que estos han asumido en buena medida a través de múltiples disposiciones de derecho laboral, de derecho de familia, etc. y que incluso, merced sobre

todo a un impulso jurisprudencial, ha tomado carta de naturaleza con la llamada «eficacia horizontal» de los derechos fundamentales. Dicha ampliación tiene como fundamento la consideración de que el mercado y el ejercicio de los derechos de autonomía privada representan poderes tan amenazantes como puedan encarnar las autoridades públicas, lo que a su vez reposa en la generalmente ocultada asimetría que existe entre propiedad y libertad, es decir, entre aquellos derechos que son a la vez poderes y aquellos que no lo son.

Pero la necesidad de esta extensión del paradigma constitucional se hace más acuciante en el marco de la globalización, donde los poderes económicos han triunfado sobre la política y suponen la más grave amenaza para el futuro del planeta, y que sólo un constitucionalismo al mismo tiempo global y de derecho privado podrá neutralizar; sólo una Constitución de la Tierra que imponga límites y vínculos a la explotación de los recursos naturales, a las actividades contaminantes, al uso del agua, al régimen de derechos de los trabajadores, etc., podrá salvaguardar la supervivencia y el desarrollo de los pueblos, y podrá también restituir la dignidad en el trabajo a partir de un régimen unitario y global de derechos y garantías laborales que cancelen la actual competencia entre los trabajadores de distintas naciones, que por lo demás es germen de odio y xenofobia.

La última ampliación del paradigma constitucional es el *constitucionalismo de los bienes*, incluyendo aquí tanto la garantía de los bienes vitales como la protección frente a los bienes mortíferos, que en conjunto representan la más grave emergencia global. Pensemos, de un lado, en bienes como el agua potable, el clima, los fármacos esenciales o los alimentos indispensables; y, de otro, en aquellos bienes que suponen una amenaza para la huma-

nidad, como las armas nucleares o convencionales o los residuos tóxicos. Aunque no siempre sea claramente percibido, todos estos bienes se hallan conectados a derechos fundamentales, como la vida, la salud o la subsistencia, y su incorporación a la constitución impone su sustracción a las leyes del mercado y la garantía de su universal accesibilidad, esto es, impone que sean tratados precisamente como derechos. Naturalmente, la estrategia de esa incorporación a la Constitución de la Tierra es diferente para cada tipo de bien. En algunos casos se trata de garantizar un acceso universal y gratuito; en otros de prohibir su producción y comercio, o de limitar y controlar su fabricación o uso; en otros incluso de arbitrar resarcimientos para aquellos países (pobres) que soportan sequías, inundaciones u otras calamidades como consecuencia del calentamiento climático generado por la actividad industrial

en terceros países. Seguramente estamos ante el constitucionalismo más difícil de articular debido a la heterogeneidad de las medidas que comporta y también por el carácter aún embrionario de sus garantías secundarias, pero no menos necesario y urgente que el propio constitucionalismo de los derechos.

Es difícil prever si este constitucionalismo planetario llegará a desarrollarse, ni con qué intensidad y extensión pueda hacerlo, o si por el contrario los estados seguirán exhibiendo sus poderes soberanos y las grandes empresas sus poderes no menos efectivos. Pero Ferrajoli insiste en que este proyecto es posible y representa una alternativa real al actual estado de cosas y a su deriva suicida para la humanidad, incluso una necesidad jurídica si queremos ser coherentes y dotar de efectividad a los principios fundacionales del constitucionalismo; porque los propósitos de paz y



Georg Pencz, *Allegorie der Gerechtigkeit*, 1553

de universalidad de los derechos que han impulsado al constitucionalismo desde sus orígenes se hallan hoy continuamente desmentidos por las guerras y crueldades que asolan al planeta y con la privación de las libertades y derechos para la mayor parte de sus habitantes y teóricos titulares. Es más, la construcción de una esfera pública internacional es la única alternativa racional al sombrío panorama que se vislumbra para todos ante una realidad mundial en que se multiplican las pandemias, guerras y devastaciones. Y de todo ello existe una conciencia difusa incluso entre sus responsables, por más que siga ausente una política coherente. La Constitución de la Tierra obviamente no viene a suplir esa ausencia, ni a conjurar las amenazas globales, pero sí puede indicar cuál es el camino a seguir y a concretar el marco normativo para encauzar una acción política empeñada en la garantía de los derechos fundamentales y

fiel al paradigma constitucional que es la base de nuestras democracias.

Por supuesto, son numerosas las dificultades que debe superar este proyecto, empezando por los potentes intereses y prejuicios de políticos y de grandes grupos económicos. Pero son también importantes los estímulos que están dando vida a un nuevo sujeto constituyente: en primer lugar, la globalización de las comunicaciones que ya han transformado el mundo en una aldea global, pero asimismo y quizás sobre todo la experiencia de emergencias planetarias, como la pandemia, que privan de sentido a las fronteras y a los egoísmos nacionales, haciendo de la humanidad un único pueblo de la tierra a partir de un interés común a la supervivencia y no sólo de un principio moral de solidaridad. Falta, eso sí, la energía política necesaria para poner en pie esa Constitución de la Tierra y para desarrollar una política consecuente con la misma.

# La libertad como artificio jurídico. Sobre la filosofía de Beccaria\*

Dario IPPOLITO

## Introducción

La elección de un buen título puede contribuir a dar impulso a la notoriedad de una obra (incluso estimular su lectura). El éxito de una obra puede provocar el placer literario de las variaciones en el fraseo del título. Un ejemplo de ambas posibilidades es el caso de la gran monografía de John Pocock sobre el humanismo cívico florentino y la tradición republicana anglosajona: *The Machiavellian Moment*<sup>2</sup>. ¿Cuántos autores –antes y después de Pierre Rosanvallon<sup>3</sup>– han cedido a la atracción mimética, entregándose al juego de la reformulación? Hay un librito, de hace ya algunos lustros, nítido y sabroso, en el que Michel Porret trazó la imagen historiográfica de un «momento Beccaria»<sup>4</sup>, madurado a través de la circulación internacional de las ideas reformadoras de *Dei delitti e delle pene*. Recientemente, la evocadora expres-

sión –ciertamente adecuada y felizmente cargada de sentido– ha inspirado el título de un rico conjunto de estudios publicado por Philippe Audegean y Luigi Delia: *Le Moment Beccaria. Naissance du droit penal moderne*<sup>5</sup>.

De este modo, Beccaria como nombre-símbolo de un proceso histórico, de un contexto cultural, de un horizonte ideal; Beccaria tras Maquiavelo: quizá el emparejamiento sea inesperado, pero no se debe al capricho de los estudiosos. En efecto, pues ¿hay algún otro escritor político italiano que, en la edad moderna, haya producido obras tan relevantes por su difusión, influencia teórica e incidencia práctica? Si el nombre de Beccaria sirve (y vaya si lo hace) para simbolizar una constelación de debates y luchas civiles, de polémicas y propuestas operativas, de reflexiones y realizaciones que han caracterizado una época de «destrucción creativa», es porque *Dei delitti e delle pene* estimuló aquellos debates y alimentó aquellas luchas, reforzó la contestación del orden vigente e inspiró proyectos de reforma radical, estimuló la reflexión sobre la legislación y orientó la acción de los legisladores. Consideremos, por ejemplo, los documentos constitucionales nacidos de las grandes revoluciones del tardo Setecientos: examinando su con-

---

\* Este artículo es una reelaboración de «L'artificio della libertà. Beccaria filosofo civile», publicado en *Cosmopolis. Rivista di Filosofia e Teoria politica*, 1 (2021).

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

2 Cfr. J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 1975; trad. cast. de M. Vázquez Pimentel y E. García, *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana*, con estudio preliminar de Eloy García y comentarios críticos de Joaquim Gomes Canotilho, Tecnos, Madrid, 2ª edición, 2008.

3 Cfr. P. Rosanvallon, *Le Moment Guizot*, Gallimard, París, 1985.

4 Cfr. M. Porret, *Beccaria. Le droit de punir*, Michalon, París, 2003.

---

5 Cfr. Ph. Audegean, L. Delia (eds.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit penal moderne (1764-1810)*, Oxford University Studies in the Enlightenment, Oxford, 2018.



tenido prescriptivo nos daremos cuenta con facilidad de que el conjunto de las normas fundamentales sobre los límites del poder punitivo está estrechamente ligado a las doctrinas ilustradas del derecho penal. Pues bien, en el centro de tal intensa y fecundísima actividad de elaboración doctrinal se sitúa, sin discusión posible, el *pamphlet* jurídico-político de Beccaria.

Esto, no obstante, los estudiosos del constitucionalismo y los filósofos de la política no han solido interesarse por el pensamiento heterodoxo de tan potente crítico del saber jurídico y del poder despótico. Uno de los motivos de tal desinterés reside, quizá, en la falta de conciencia de la centralidad constitucional y de la relevancia política del sistema de los delitos y de las penas. Pues bien, hace tiempo que la veraz lección de Montesquieu debería ser patrimonio cultural consolidado y común: «la libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas»<sup>6</sup>. Ha escrito Judith Shklar que es precisamente la comprensión –iluminadora– de la relación entre libertad individual y legalidad penal la que acredita a «Montesquieu como uno de los mayores pensadores liberales»<sup>7</sup>. Es un juicio, aunque no unánime, ampliamente compartido. Quien lo considerase extensible a Beccaria, por su decisiva e histórica contribución a tematizar aquel crucial problema político, suscitara, ciertamente, mas discrepancias. «Liberal» es un término polisémico, fuertemente equívoco, anacrónico para muchos, si referido al horizonte ideológico de un reformador del siglo XVIII. Conviene, por tanto, evitar clasificaciones incongruen-

tes y objetivaciones controvertidas, para no enredarse en disputas meramente lingüísticas y en efímeras definiciones estipulativas. Lo que importa es comprender el alcance normativo del pensamiento de Beccaria: acceder a la dimensión política de su filosofía del derecho.

## Libertad y orden legal

Como una forma de aproximación, puede hacerse uso de las categorías elaboradas por Mario Albertini en el ámbito de sus investigaciones sobre el federalismo. En cualquier discurso valorativo y normativo orientado a incidir sobre el orden de la convivencia civil y sobre la fisonomía del poder público –es decir, en toda doctrina política– cabe distinguir (y examinar la cohesión entre) un *aspecto de valor*, un *aspecto de estructura* y un *aspecto histórico-social*<sup>8</sup>. El aspecto de valor consiste en el objetivo acreditado como bien a perseguir; el aspecto de estructura consiste en la prefiguración del orden institucional adecuado para su obtención; el aspecto histórico-social consiste en la individualización de las condiciones de realizabilidad del fin perseguido a través del medio prefigurado. Si nos acercamos a la obra de Beccaria con estos instrumentos de observación, podremos reconocer (1) en la libertad el aspecto de valor de su concepción, (2) en el gobierno de las leyes el aspecto de estructura, (3) en la subversión del orden jurídico existente el aspecto histórico-social.

(1) En los 47 capítulos en los que está distribuido *De los delitos* es constante la referencia a la libertad como ideal político y bien individual. En muchas de las ocasiones, el vocablo es utilizado en dicotomías

6 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, XII, II, p. 173.

7 J. Shklar, «Estudio de contextualización», en Montesquieu, *Consideraciones sobre las causas de la grandeza y la decadencia de los romanos*, edición de M. T. Navarro Salazar, Tecnos, Madrid, 2019, p. CXXXIII.

8 Cfr. M. Albertini, «El federalismo» (1962), en *Id. Tutti gli scritti*, edición de N. Mosconi, Il Mulino, Bolonia, vol. IV, 2007, pp. 231-259.

y endiádis, polarizaciones y asociaciones particularmente elocuentes. De un lado, se contrapone a «tiranía», «despotismo», «sujeción», «anarquía», «esclavitud»; por otro se asocia a «vida», «seguridad», «igualdad», «felicidad», «luces». Entre los 51 enunciados en los que aparece el término, destacan dos pasajes que permiten captar de inmediato y plenamente la carga axiológica del discurso: a) el primer párrafo de la obra, donde Beccaria ensalza la libertad individual como razón social del consorcio civil; b) el capítulo XX, donde la condición de existencia de la libertad está anclada en el reconocimiento (jurídico) de la dignidad humana, en la *summa divisio* (ética) entre las personas y las cosas.

(2) La valorización del orden legal como instrumento de liberación de los individuos por la imprevisibilidad de las acciones ajenas y por la precariedad de una existencia amenazada por la violencia, constituye el punto de partida del discurso de Beccaria. «Leyes» es la palabra que abre el capítulo inicial; «leyes» es la última palabra de la «Conclusión»<sup>9</sup>. En la «dependencia de las leyes»<sup>10</sup> —única locución en la que el término «dependencia» no está impregnado de desvalor—, Beccaria reconoce el presupuesto de la realización no conflictiva de los fines subjetivos. Sin dependencia de leyes comunes, los hombres sufren los peligros de un conflicto permanente; dependientes de poderes desregulados, los hombres padecen los males de la sujeción

al arbitrio. El principio de legalidad permite evitar la infelicidad de ambas condiciones: «desde el trono hasta la cabaña», la obligación de obedecer las leyes «liga igualmente al más grande y al más miserable entre los hombres» (III, 117).

(3) Allí donde el ordenamiento jurídico no está formado por normas legales, generales, conocibles y comprensibles por parte de los destinatarios, gozan de todo su vigor los señores del derecho, cuya discrecionalidad potestativa es incompatible con la libertad: esta es la convicción de fondo que articula la crítica demoledora de Beccaria hacia el derecho de matriz sapiencial, jurisprudencial y tradicional. En contraste con la elogia del derecho romano como *ratio scripta*, *De los delitos* propone al lector la imagen desmitificadora de una vetusta colección de escombros normativos extraños a la civilidad de la Europa moderna; a la autolegitimación de los juristas como sacerdotes de la justicia, opone la irrisión de los «intérpretes privados y oscuros» que en «farragosos volúmenes» hacen pasar las opiniones doctrinales por leyes («Al lector», 101); frente a la ideología jurídica y política de los togados, afirma un modelo de jurisdicción reducida a actividad cognoscitiva de individualización y concreción de normas legales mediante un razonamiento deductivo (IV, 121 y 123). El dispositivo de demolición y refundación del orden jurídico está claramente identificado en la codificación (IV, 123).

Esta sumaria caracterización de algunos perfiles fundamentales del pensamiento de Beccaria nos permite un primer encuadramiento de la figura de la libertad que campea en su diseño del derecho según razón. Ahora es necesario focalizarla definiendo sus contornos y sus colores. Con tal fin se procederá a una connotación por contraste, restableciendo las conexiones entre los aspectos que acaban de distin-

9 Cfr. Ph. Audegean, «“Dei delitti e delle pene”: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico», en D. Ippolito (ed.), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2014, p. 89.

10 C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto italiano fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, XVI, p. 171 (en lo sucesivo, las coordenadas bibliográficas de las citas tomadas de esta obra aparecerán, entre paréntesis, en el cuerpo del texto).

guirse. En efecto, pues es precisamente en la determinación de la relación con el orden legal, como el ideal de Beccaria se forma y se sustancia: al diferenciarse, de un lado, de la concepción de la libertad como poder de darse la ley, del otro, de la concepción de la libertad como poder en ausencia de ella.

Que la libertad consiste en participar de las decisiones que gobiernan nuestras acciones es una idea regulativa que hunde sus raíces y encuentra alimento en el republicanismo clásico; que a lo largo del medievo y de la edad moderna acompaña los éxitos y resiste las derrotas de las instituciones representativas; que en la Europa del siglo XVIII caldea los corazones y conquista las mentes de escritores y actores políticos. Beccaria no milita en este bando. En su axiología, libertad no quiere decir autonomía. A diferencia de Rousseau, no exige que las leyes sean deliberadas por el cuerpo político en su integridad y no piensa en los ciudadanos como titulares solidarios de la soberanía<sup>11</sup>. Desde su punto de vista, la condición de la libertad individual no consiste en la pertenencia a la asamblea popular que ejerce el poder de legislar: la heteronomía de las prescripciones legales de una autoridad monocrática o de un colegio elitista no comporta la degradación de sus súbditos a la condición de siervos<sup>12</sup>. Cuando Beccaria habla de libertad política no se refiere al derecho del ciudadano a concurrir a la producción de las normas a las que debe prestar obediencia. Siguiendo

el léxico de Montesquieu<sup>13</sup>, él llama libertad política a la condición subjetiva que después –hasta nuestros días– se conocerá como libertad civil (locución que no se encuentra en *De los delitos*, aunque no sea extraña al lenguaje de la época).

Distante del ideal rousseauiano de la libertad como autonomía, la concepción de Beccaria está, puede decirse, en las antípodas de la idea hobbesiana de la libertad como ausencia de leyes<sup>14</sup> (después recuperada y remodelada por Bentham). Eliminada del vértice de los valores políticos, en la doctrina del *Leviatán*, la libertad se perfila de dos formas específicas (distintas, pero conceptualmente homólogas). En el estado de naturaleza, es el derecho de cada uno a obrar según la propia voluntad, persiguiendo su propio interés, en cada circunstancia<sup>15</sup>. En el estado civil, es la facultad del súbdito de decidir cómo actuar en el espacio residual de las conductas no disciplinadas por el soberano<sup>16</sup>. Así pues, la norma legal se pone en contraste con la libertad individual: donde concurre la primera, la segunda desaparece. El sujeto es libre cuando calla el legislador.

Beccaria, por el contrario, planta el árbol de la libertad en el terreno de la legalidad positiva. Su filosofía civil tiene como eje y opera con el paradigma doctrinal –ejemplarmente renovado por Montesquieu– de la libertad a través del derecho. En la «acción universal sobre todas las cosas», susceptible de producirse allí donde la libertad subjetiva esté desregulada, Beccaria no ve un derecho de naturale-

11 Cfr. J. J. Rousseau, *Del contrato social o Principios de derecho político* (formando volumen con *Sobre las ciencias y las artes* y *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*), traducción, prólogo y notas de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1980, I, VI, p. 23.

12 Cfr. D. Ippolito, «Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4 (2014), pp. 589 ss.

13 Cfr. D. Ippolito, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, prólogo y traducción de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018, pp. 22-40.

14 Cfr. M. Barberis, *La libertà*, Il Mulino, Bolonia, 1999, pp. 69-73.

15 Cfr. Th. Hobbes, *Leviatán*, traducción, prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989, Primera parte, 14, pp. 110-111.

16 *Ibid.*, Segunda parte, 21, 173-183.

za, sino un dato de hecho (VIII, 139): una fea realidad incompatible con la libertad. La aspiración de los hombres a ser libres solo puede realizarse mediante el compromiso recíproco de renunciar a la «funesta libertad de hacer daño a otros» (XLII, 267), mediante la común aceptación de la observancia de las reglas necesarias para la convivencia. En esta perspectiva, es precisamente la existencia de la ley estatal la que permite disfrutar de la libertad.

En efecto, pues en ausencia de leyes, la libertad «resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla» (I, 111). Para qué sirve el poder de hacer todo lo que queramos, si en nuestro entorno todos pueden obrar como quieran? ¿Quién puede sentirse dueño del propio destino ante el riesgo permanente de cualquier interferencia? ¿Cómo pensar en proyectar el mañana –mirar más allá del presente– cuando toda acción está expuesta al riesgo de la colisión? En la desregulación de las relaciones intersubjetivas, los hombres experimentan la infelicidad de un «continuo estado de guerra» (I, 111). Su existencia está condicionada por el temor a la violencia. Es cierto que no conocen el «tormento de la heteronomía»<sup>17</sup>: pero ¿pueden decirse libres?

Es significativo que Beccaria, revisando el texto de *De los delitos* para la tercera edición, eligiera cambiar un adjetivo del párrafo en el que representaba la condición humana antes del pacto social: los «hombres libres» de la versión original pasaron a ser «hombres independientes»<sup>18</sup>. «Hay que tomar conciencia de lo que es la independencia y de lo que es la libertad»<sup>19</sup>, había prescrito Montesquieu en *Esprit des*

*lois*. Más allá de las oscilaciones lingüísticas, Beccaria traza netamente una frontera entre esta y aquella. Si en el desorden sentimental del pobre delincuente que se rebela contra la ley, el «estado de independencia natural» es una atractiva hipóstasis del deseo (XXVIII, 211), el hombre racional es perfectamente consciente de esa «inútil libertad» que le perjudica (XLII, 267): le priva del control sobre su vida; le encierra en una jaula invisible de constricciones e impedimentos imprevisibles. Es evidente que la libertad está en otra parte (y es algo distinto). Es una conquista de la razón, de la ponderación de los costes y de los beneficios: si eliminamos del conjunto de nuestras libertades naturales el subconjunto de las facultades cuyo ejercicio acarrea daño para los demás, todo lo que resta –gran parte del conjunto originario– será finalmente objeto de efectivo y pleno disfrute. Tal es el cálculo del interés individual que subyace al contrato social. Para estar seguros de ser libres debemos establecer un sistema de reglas de conducta; hemos de conformar nuestras acciones a los límites y vínculos impuestos por la autoridad que decide el derecho sobre la base del pacto.

Beccaria toma prestada de Montesquieu la noción de libertad política porque al igual que este piensa la libertad como artificio de la política: como producto del orden civil modelado por las leyes. En las definiciones implícitas de la libertad que se encuentran en *De los delitos* destacan siempre, limpiamente, las estipulaciones semánticas de *Esprit des lois*. Inalcanzable donde todo está permitido a todos, la libertad se perfila como la situación jurídica de quien está seguro de poder obrar dentro de la esfera de lo no prohibido y de lo no vinculado, sin sufrir injerencias ilícitas de particulares ni de órganos del estado. Es como la forma del derecho se hace materia esencial en la construcción

17 Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, trad. cast. de L. Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, p. 409.

18 Cfr. Ph. Audegean, «Utilitarismo e umanitarismo in Cesare Beccaria», en G. Cospito y E. Mazza (eds.), *Nell'officina dei Lumi. Studi in onore di Gianni Francioni*, Ibis, Como-Pavia, 2001, p. 171.

19 Montesquieu, *Del espíritu*, cit., XI, VI, p. 150.

del espacio político idóneo para el vivir libre. Donde los destinatarios de las normas jurídicas no tienen clara la frontera entre lo lícito y lo ilícito, la libertad es solo el nombre de una aspiración frustrada. La certeza del derecho es condición necesaria de su realización: conseguible, según Beccaria, solo a través del instrumento de la codificación y de la sujeción de los jueces a las leyes. En el momento en que la relación entre autoridad e individuo está regulada por el principio de legalidad, la aspiración a ser libres puede resultar real. Pero no es seguro que esto suceda, porque esas condiciones del ordenamiento –aunque imprescindibles– son insuficientes. En el crisol de la ley, el poder puede muy bien verter el plomo de la opresión tiránica. En particular, puede invadir y ocupar el espacio del vivir libre multiplicando las prohibiciones y las amenazas de castigo. De este modo, es el derecho penal el ámbito normativo sobre el que debe proyectarse la vigilancia del filósofo civil.

## Libertad y derecho penal

¿Qué es el derecho penal? Si dirigimos la pregunta a un jurista, quizá le oigamos responder que es un conjunto de normas prohibitivas y sancionadoras. Un científico de la política podría explicarnos que es una modalidad de gobierno de la sociedad. De un sociólogo podremos aprender que es un dispositivo de consolidación de la moral dominante. Pero, si asumimos el punto de vista del individuo que Beccaria sitúa en el centro del universo político, el acento de la respuesta caerá sobre otro perfil de la realidad.

En la *fictio mentis* del estado de naturaleza, sabemos que somos independientes. Nadie tiene derecho a condicionar nuestro modo de obrar. Pero, de hecho, todos pueden condicionarlo: en cualquier momento, por cualquier medio. Somos independien-

tes, pero cansados de la independencia. Queremos librarnos del miedo a los condicionamientos y de los condicionamientos del miedo. Queremos poner fin a la guerra y gozar de la libertad en «seguridad y tranquilidad» (I, 111). Así pues, estipulamos una suerte de tratado de paz: nos comprometemos a ser recíprocamente inofensivos y a la común obediencia a una autoridad a la que confiamos el poder de regular nuestra convivencia. Pero la experiencia del mundo nos ha hecho conscientes de los vicios del hombre. El compromiso de observar las leyes dictadas por la autoridad no basta para frenar el contraste violento de los intereses. Es necesario incrementar y reforzar el interés en observarlos. Su infracción debe ser seguida de una reacción institucional capaz de hacer que la inobservancia sea menos ventajosa que la obediencia; una reacción de carácter punitivo funcional para desincentivar la realización de las acciones prohibidas. Así, a través de la conminación y de la imposición de las sanciones a los transgresores, garantizaremos la efectividad de las leyes que aseguran nuestra libertad. La pena, por tanto, es una necesidad para nuestros fines.

Ahora hemos dejado de ser independientes. Para sustraernos al dominio del más fuerte que nos hacía peligrar en el estado de naturaleza, hemos pactado excluir la fuerza de las relaciones privadas, gestionarla en régimen de monopolio público, regular su uso legítimo. Huyendo de una existencia que la conflictividad hizo precaria, hemos reconocido la necesidad de la ley penal como forma de contención de la violencia. Pero nuestra razón, adiestrada en la desconfianza, nos advierte enseguida de un nuevo peligro. En efecto, pues la ley penal lleva consigo el mismo mal al que pone remedio. Contiene la violencia en el doble sentido de que la limita y la incorpora: la limita en cuando la incorpora. Si es

cierto que no podemos prescindir de ella, tampoco podemos hacernos ilusiones: prohibiciones y sanciones son decisiones que asumen los hombres. Hombres dotados de poder. ¿Quién nos asegura que ese poder será ejercido para el fin con el que ha sido creado? ¿Y hay algo con mayor incidencia sobre la esfera de inmunidades y facultades en que consiste nuestra libertad que el poder de decidir cómo, cuándo y por qué castigar? Es una incidencia directa, profunda: una incidencia que puede ser dolorosa. Se hace evidente, por tanto, la gravedad del riesgo ante el que nos encontramos. Hemos de domesticar a la bestia artificial a la que hemos encomendado la guarda de nuestra persona y de nuestros bienes (de otro modo podría destrozarnos). Se hace preciso, pues, un sistema de límites y vínculos que nos proteja de la ferocidad y de la voracidad del poder punitivo.

Es sobre el fondo de esta consciencia como la reflexión sobre la *civitas* descubre el tema de los delitos y de las penas como problema<sup>20</sup>. Exhibiendo su deuda con Montesquieu, Beccaria lleva a la filosofía de las luces a ocuparse de las garantías jurídico-políticas de la libertad individual y a preocuparse por las degeneraciones despóticas del poder, que se manifiestan bajo la forma de prohibiciones desorbitadas, inquisiciones vejatorias, encarcelamientos arbitrarios, acusaciones secretas, decisiones infundadas y castigos excesivos. En una agudísima lectura de *De los delitos*, Philippe Audegean ha puesto recientemente de relieve el valor civil de esta doctrina penal: si en el capítulo que abre la obra de Beccaria nos presenta la pena como instrumento necesario para la defensa «de las privadas usurpaciones de cada hombre en parti-

cular» (I, 111), el discurso que sigue está todo él centrado en los «principios [...] dirigidos a defender al ciudadano [...] del magistrado penal [...] y del soberano legislador». A esta puntual observación siguen un comentario y un reconocimiento: «Es un giro revolucionario, sobre cuya íntima, profunda coherencia ha hecho luz brillantemente Luigi Ferrajoli. Si el ordenamiento penal tiene la función de reducir la violencia, coherentemente debe *in primis* reducir su propia violencia, la de sus instrumentos de regulación y coacción»<sup>21</sup>.

Cada uno de estos instrumentos choca con la libertad en cualquiera de sus dimensiones. El instrumento de la prohibición penal estigmatiza como delitos un catálogo de actos de ejercicio de nuestras facultades. El instrumento del proceso penal nos constriñe a la defensa frente al poder de acusar y nos somete a las decisiones del poder judicial. El instrumento de la sanción penal llega a incidir sobre nuestras inmunidades fundamentales. No es posible infravalorar los temibles efectos de estos inevitables impactos. Las interdicciones legales son sin duda necesarias para la convivencia civil, pero su extensión puede muy bien desbordar el criterio de la necesidad. Los procesos judiciales son evidentemente el único modo de determinar la responsabilidad de los delitos, pero su organización puede fácilmente privar al inocente «de la propia seguridad» (XXIX, 217). La amenaza de las penas puede también tranquilizarnos sobre el respeto de las reglas: pero ¿cómo ignorar la eventualidad de su imposición inmerecida y su naturaleza de violencia institucionalizada?

Admitida la necesidad del poder punitivo, Beccaria se enfrenta a la terrible condición de su aparato coercitivo. Creyendo

20 Cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza europea*, vol. I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 172.

21 Ph. Audegean, «Utilitarismo e umanitarismo», cit., p. 172.

con firmeza en la primacía axiológica de la persona, recaba de los postulados utilitaristas de su antropología y de las tesis contractualistas de su doctrina política los principios y las reglas de una nueva ciencia de la legislación penal. Con su enfoque epistémico y su ímpetu nomotético, el joven *philosophe* invierte los dogmas del saber jurídico. Desarrolla un discurso *de iure condendo*, que se confronta con el *ius conditum* y prefigura su superación. A través de la crítica de la razón criminal, elucida los cánones de política del derecho que deben orientar la acción legislativa. Dando un vuelco al punto de vista habitual en el género tradicional del *speculum principis*, propone un exigente *speculum legislatoris*, en el que las funciones potestativas del estado y las reglas de la convivencia social con consideradas (justificadas o deslegitimadas) *ex parte civium*.

¿Qué normas prohibitivas necesitamos? ¿Cómo proceder a comprobar sus violaciones? ¿Con qué fin y de qué modo castigar a los transgresores? Al responder a estas preguntas cruciales, Beccaria redefine el derecho penal como sistema de garantías de las expectativas de no lesión en las que descansa la seguridad de la libertad. Su doctrina del delito mira a una drástica restricción del dominio de las prohibiciones, condicionando su legitimidad a la estricta necesidad de disuadir de la realización de actos socialmente dañosos: «no puede ser llamada *delito* o castigada como tal» (VI, 131) una acción que no ofenda materialmente intereses colectivos o individuales. Su doctrina de la pena busca reducir al mínimo necesario (para la disuasión) la afluencia de las sanciones y a liberar a los individuos de la amenaza de violencias penales desmesuradas: la punición, predeterminada por la ley, «debe ser la más eficaz para los demás y la menos dura que sea posible para quien la sufre; pues no cabe

llamar legítima a la sociedad en la que no sea principio infalible que los hombres han querido sujetarse a los menores males posibles» (XIX, 181). Su doctrina del proceso mira a asegurar el derecho de defensa del imputado, tutelando su libertad personal frente a las restricciones indebidas, inmunizando su cuerpo y su conciencia frente a coartaciones opresivas, refundando la jurisdicción penal en el principio de presunción de inocencia: «ningún hombre puede ser llamado *culpable* antes de la sentencia del juez» (XVI, 165).

En la genealogía intelectual del garantismo penal, la obra de Beccaria representa un paso fundamental. A través de la circulación internacional de *De los delitos*, madura y se difunde la conciencia de que la limitación jurídica del poder punitivo es una cuestión decisiva para la afirmación de la libertad. En los decenios siguientes, los artífices de las constituciones, recogerán la herencia de esta lección.

## Libertad y contrato social

En esa joya de inteligencia crítica e historiográfica que es la «Introducción» de Alberto Burgio a su bella edición de *De los delitos*, se lee: «Beccaria, es cierto, hace mención a un contrato social. Su tiempo lo requería, y sus fuentes esenciales –no solo Rousseau sino el propio Helvétius– parecían sugerirle la necesidad de hacerlo. Habla de “pactos”, “convenciones”, “obligaciones”: esto es, de las formas que diseñan la estructura racional de una sociedad. Pero no hay que engañarse. Es algo distinto lo que legitima y mueve o agita tales formas. Es la naturaleza del hombre, fuerza invencible que es necesario favorecer e imitar»<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> A. Burgio, «Introduzione» a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, prólogo de S. Rodotà, Feltrinelli, Milán, 1991, p. 17.

Para comprender la filosofía política y jurídica de Beccaria, es ciertamente necesario escudriñar su antropología. Sin embargo, degradar a «mención» la doctrina del contrato social, explicando su presencia como efecto de la recepción de ideas influyentes, pero no íntimamente operantes, en el pensamiento de Beccaria, me parece una clave de lectura poco persuasiva. Desde luego, cabe estar de acuerdo con Gianni Francioni en que «el cuadro filosófico de fondo», en *De los delitos*, «lo constituye la teoría utilitarista de Helvétius»<sup>23</sup>. Pero es el propio Francioni quien subraya que la «temática [...] de la obra», tomada de Montesquieu, conecta con un «contractualismo fundamentalmente lockiano», atravesado por «sugestiones e imágenes que provienen de Grozio, Hobbes y Rousseau»<sup>24</sup>. Si se examinan las contribuciones de otros estudiosos autorizados, como Audegean<sup>25</sup>, Costa<sup>26</sup>, Birocchi<sup>27</sup>, Porret, etc., se observará que, más allá de las divergencias interpretativas, todos toman en serio la doctrina del contrato con la que Beccaria se presenta al lector en el umbral de su obra. ¿Se habrán dejado engañar por las apariencias de una actitud adoptada solo por estar de moda?

En realidad, es discutible que la moda lo impusiera. En el siglo XVIII no es marginal la voz de los filósofos que, al reflexionar sobre la génesis y el fundamento del estado,

rechazan el esquema triádico «estado de naturaleza/pacto social/sociedad civil», recuperando y reelaborando el antiguo paradigma aristotélico. En efecto, pues estructuralmente abierto a englobar y ordenar todo proceso evolutivo de la organización social, tal modelo permite esa conjunción de filosofía política e historia filosófica en la que toma forma el intento ilustrado de comprender y controlar los mecanismos de transformación de la realidad.

Por otra parte, ¿no es quizá extraña al linaje contractualista la *prolem sine matre creata* de Montesquieu? ¿Y acaso no es cierto que *Esprit des lois* constituye la principal guía de Beccaria en la crítica de la hipertrofia del poder punitivo? El hecho de que el autor de aquella guía tampoco acredite la utilidad del viático contractualista debilita, a mi juicio, la capacidad explicativa de la tesis de Burgio. El contractualismo de Beccaria debe ser tomado en serio: en su valor ideológico y en su vigor normativo. Es una forma de racionalidad; una actitud intelectual; un punto de vista filosófico sobre la *civitas*. No es el seguimiento de una moda intelectual o la adhesión superficial a la idea de algún maestro. Por lo demás, el conformismo no es ciertamente un *penchant* de Beccaria: con su retrato podría muy bien ilustrarse la voz «autonomía intelectual» de una enciclopedia.

El ideario contractualista es el esquema de pensamiento que permite a Beccaria tematizar la centralidad del individuo en la organización de la sociedad; imaginarlo como artífice de la esfera pública y valorizarlo como fin; consagrar su voluntad de ser libre como objetivo del derecho y criterio de legitimidad del poder. Basta considerar la importancia de los corolarios normativos que Beccaria deduce del postulado contractualista, para captar la función (no susceptible de infravaloración) que este componente filosófico juega en la

23 G. Francioni, «Beccaria filosofo utilitarista», en *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Cariplo-Laterza, Milán-Roma-Bari, 1990, p. 69.

24 *Ibid.*

25 Cfr. Ph. Audegean, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, Paris, 2010.

26 P. Costa, «Beccaria e la filosofia della pena», en R. Davis y P. Tincani (eds.), *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, Edizioni L'Ornitorinco, Milán, 2014, pp. 33-50; *Id.*, «Lo *ius vitae ac necis* alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica», en *Quaderni fiorentini*, 44 (2015), pp. 917 ss.

27 I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Turín, 2002, pp. 44-458.



Virgil Solis, *La Justicia Vigilante*, 1534

lógica de *De los delitos*. Me limitaré a elaborar una sumaria relación de ellos, prescindiendo del orden expositivo del texto:

a) el principio de la separación de poderes que prescribe la atribución de las funciones de producción y aplicación de las normas jurídicas a órganos distintos; b) el principio de legalidad penal, por cuya virtud ninguna acción puede ser considerada delito si no está prohibida como tal por el legislador, y ninguna pena puede ser impuesta por el juez si no está previamente conminada por la ley; c) el principio de igualdad jurídica, que prohíbe privilegios y discriminaciones en la posición de los sujetos frente al vigor de las prohibiciones y a la tipología de las penas; d) el principio de imparcialidad (*terzietà*) del juez, que proscribela confusión entre el órgano de la acusación y el jurisdicente; e) el principio de interpretación literal de la ley penal, que cierra al juez los espacios de la creatividad normativa; f) el principio de economía penal, que exige la minimización de la violencia represiva e implica la prohibición de las penas crueles; g) el principio de tutela de la vida, que excluye el derecho del estado de matar para casti-

gar. En su coherente conjunto, tales principios –dirigidos a organizar, limitar y vincular al poder– sirven para configurar un sistema jurídico funcional al objetivo del artificio político: la seguridad de la libertad.

No obstante, sería reductivo referir el significado político del contractualismo de Beccaria solamente (aunque sea tanto) a esta dimensión nomogenética. Su representación del origen convencional y consensual de la sociedad civil comporta una radical afirmación de laicidad y una rompedora instancia de laicización<sup>28</sup>. Si el estado es una construcción humana –un instrumento forjado por los individuos para hacer posible la realización de fines individuales– entonces, en el orden político no hay nada de natural; y nada de sagrado en el poder. No existe ninguna normatividad constrictiva más allá de las leyes establecidas por la voluntad de los hombres y ninguna voluntad infalible de entidades morales superiores a estos. En cuanto doctrina de la artificialidad y de la

28 D. Ippolito, «Prohibitions penales e laïcité du droit. Adultère, homosexualité e infanticide chez Beccaria», *Dix-Huitième siècle*, 53 (2021), pp. 673 ss.

instrumentalidad del derecho, el discurso político de Beccaria rechaza la autoridad de la religión y rompe los vínculos de la tradición; contradice las retóricas del organicismo y abandona los lugares comunes del iusnaturalismo. La nueva ciencia de la legislación no tiene ante sí más que la sociedad

de los individuos de carne y hueso; con sus razones y sus pasiones; con sus intereses y sus necesidades; y, sobre todo con su anhelo de libertad.

Es opinable que pueda hablarse de libertad liberal. Lo cierto es que es libertad liberadora.

# Notas sobre derecho y eficacia.

## A propósito de la reforma estructural a través del proceso\*

María Carlota UCÍN

### 1. Introducción

Propongo aquí algunas reflexiones acerca de los procesos de reforma estructural<sup>1</sup> y las modificaciones procesales necesarias para lograr la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales implicados en estos casos. Me apoyaré para ello en un análisis del pronunciamiento recientemente dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CS) en el marco del proceso de ejecución de la sentencia dictada por dicho tribunal en el año 2005 en la causa *Verbitsky*.<sup>2</sup> Por obvias razones, me referiré a aquel como *Verbitsky II*.<sup>3</sup>

---

\* Esta publicación es parte del proyecto Affordable access to justice (subproject: From public to private funding), número de proyecto VI.C.191.082 del programa Vici de investigación, financiado por el Consejo Neerlandés de Investigación (NWO).

1 Me refiero a aquellos procesos judiciales que, orientados por el enfoque propio del interés público, persiguen la modificación de un estado de cosas complejo, una estructura burocrática o una práctica institucional. Para una definición del Litigio de Interés Público remito a lo dicho en la Voz respectiva en *Eunomia* N° 12 (Abril 2017 – Septiembre 2017). Para una referencia del fenómeno del litigio de reforma estructural puede verse: Fiss, Owen M., *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978; Jeffries, John C., and George A. Rutherglen. «Structural Reform Revisited» *California Law Review*, vol. 95, 2007, pp. 1387–1422.

2 «*Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*», Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de fecha 3 de mayo de 2005, Fallos 328:1146.

3 Resolución de fecha 13 de mayo de 2021, publicada en Fallos: 344:1102.

Recordemos que su antecedente fue iniciado a instancias de Horacio Verbitsky, quien en su carácter de representante legal del CELS<sup>4</sup> interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires<sup>5</sup> una acción de habeas corpus «correctivo»<sup>6</sup> y «colectivo», en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires. Se cuestionaban con dicha acción las condiciones físicas de las comisarías y cárceles así como la superpoblación que existía en ellas.

Se alegaba que las mismas configuraban una situación violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, como así también de las leyes nacionales y provinciales que regulan los derechos básicos de las personas detenidas. También se impugnaban –a través de la acción intentada– la duración

---

4 El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una asociación civil con legitimación procesal colectiva.

5 Es ante la denegatoria del Tribunal de Casación que el actor interpone Recursos Extraordinarios de Nulidad e Inaplicabilidad de Ley, cuyo resultado adverso motiva la interposición del Recurso Extraordinario Federal que da origen a la decisión de la Corte Suprema.

6 El habeas corpus correctivo es la acción que procede cuando una persona que ha sido legalmente detenida, se siente perjudicada por un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención. Véase: Basterra, Marcela, «Procesos colectivos: la consagración jurisprudencial del Habeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo *Verbitsky*», *La Ley* 2005-D, 530.

alongada de la prisión preventiva, como medida de seguridad privativa de la libertad decretada sin condena firme. Dicho planteo puso énfasis en el carácter colectivo del problema y la necesidad imperiosa de un pronunciamiento que resolviera la problemática respecto de la totalidad de las personas privadas de su libertad y que se encontraban en dichas condiciones. Se señaló entonces que las acciones individuales incoadas ante los tribunales de instancia inferior sólo habían dado soluciones parciales que, si bien aliviaban la situación de algunos, podían agravar la de otros detenidos.

Al decidir el caso primigenio, la CS tuvo por acreditado el estado de superpoblación tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, cuanto en las comisarías. También se tuvo por corroborado que se encontraban alojados en comisarías, en calidad de detenidos, adolescentes, mujeres y personas enfermas. Se reconoció, en el marco de las audiencias públicas celebradas, que el 75% de la población privada de su libertad eran procesados con prisión preventiva que todavía no habían sido condenados y, por lo tanto, gozaban de la presunción constitucional de inocencia.

Asimismo, se valoró que en los 6 años anteriores al fallo, había habido un aumento exponencial de las detenciones en dicho carácter, lo que no guardaba relación ni con el aumento de los índices delictivos, ni con el aumento demográfico, poniendo de manifiesto que la causa se encontraba en la política represiva y de detención habida en la Provincia. El propio Poder Ejecutivo, había puesto de manifiesto que sus esfuerzos no alcanzaban para resolver el problema, porque no cedía la curva ascendente de presos en la Provincia, reconociendo también un uso excesivo de la prisión preventiva (cdos. 24 y 32 del caso *Verbitsky I*).

La Corte Suprema dijo entonces que la actuación del control judicial sólo podía fijar pautas y establecer estándares jurídicos a partir de los cuales se debería elaborar la política en cuestión. Destacó, además, que correspondía al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, como objetivo fundamental de la jurisdicción. Entonces, siendo que las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, el Poder Judicial, en cumplimiento de su deber específico, debe controlar el obrar de las autoridades que hubiera excedido dicho marco constitucional. Subrayó que en el caso no se trataba de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino de evitar las consecuencias de aquellas que decididamente lesionan bienes jurídicos fundamentales (cdos. 25° y 27° del precedente).

Así entonces, luego de pasar revista minuciosa al plexo normativo aplicable resolvió, que las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas (Ley 24.660), configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención (punto 2 del Resolutorio). Con ello, la Corte se limitó a fijar un «estándar sustantivo» al que tendría que adecuarse la política de ejecución penal y con el cual, evaluó las condiciones en que la misma se llevaba a cabo en la Provincia de Buenos Aires, así como el régimen excarcelatorio (considerandos 58° y 60°). A partir de tales parámetros, procedió a dejar establecidas las normas específicas que protegen, en un sentido amplio, el debido proceso de las personas procesadas penalmente.

El Tribunal destacó en aquella decisión que las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso, por lo que decidió implementar un criterio de ejecución que, en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en

juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia (cdo. 26°). Pese al intento por fomentar dicho acuerdo en el seno del proceso, esto no fue posible y entonces, la Corte debió emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

La CS evitó determinar cuáles debían ser las medidas políticas necesarias para reformar el *statu quo*. En tal orden de ideas, se exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo bonaerenses a la revisión de la legislación procesal penal en materia de excarcelaciones y prisión preventiva, para ajustarla a tales estándares constitucionales e internacionales (punto 7 del Resolutorio).<sup>7</sup> Luego, asumiendo que la modificación de la situación estructural de violación de derechos humanos no podría operarse de manera inmediata, ordenó ciertas medidas para controlar el cumplimiento de la adaptación de las condiciones de detención a los parámetros allí establecidos.

En este sentido, se condenó al Poder Ejecutivo de la Provincia demandada, para que cada 60 días informe a la Corte sobre las medidas adoptadas en tal sentido. En esta misma dirección, ordenó al Poder Ejecutivo Bonaerense que, a través de su Ministerio de Justicia, organizara la convocatoria de una «mesa de diálogo» en

la que participaran: el CELS y las demás organizaciones que, como *amicus curiae*, hubieran tenido intervención en el proceso. De los avances que se obtuvieran en este seno, también se debía informar a la Corte periódicamente. Sin embargo, este mecanismo no funcionó y esto es lo que condujo a ver con frustración lo sucedido en este caso.

La Corte había optado por un tratamiento experimentalista de la cuestión. El «modelo remedial experimental»,<sup>8</sup> busca la declaración de metas, pero con la amplitud suficiente como para permitir que las partes determinen cómo habrán de alcanzarlas. El proceso de fijación de éstas y su seguimiento se prevé como un proceso de aprendizaje y reconstrucción continua. Sin embargo, esta forma de ejecución más flexible, no puede quedar librada a la buena voluntad de las autoridades demandadas, debiendo instrumentarse medidas que conminen al cumplimiento de las órdenes judiciales.

Este último aspecto desnuda la debilidad de la decisión primigenia dictada en el caso. Lo que ha permitido a Puga destacar el carácter «paradójico» de dicha resolución. Subraya la autora cómo la decisión, luego de desafiar al formalismo del campo jurídico –reconociendo una herramienta de alto impacto político, como lo fue el habeas corpus colectivo y dictando reglas estructurales para el caso– limitó su poder

7 Sin embargo, dentro del universo de afectados representado por el CELS, la Corte distinguió el sub-grupo conformado por los «menores y los enfermos detenidos en comisarias» (punto 3 del Resolutorio). Para este último, asumiendo la gravedad de las violaciones a derechos fundamentales evidenciadas, impuso a la Provincia de Buenos Aires un plazo de 60 días para que cesara dicha conducta, imponiendo dicha condena a través de la SCBA para que pueda implementarla a través de los jueces competentes. En el mismo sentido, intentando evitar el agravamiento innecesario de las condiciones de detención, se instruyó a la SCBA y a todos los tribunales de la Provincia para que hicieran cesar las condiciones de detención que importaran un agravamiento configurativo de trato cruel, inhumano o degradante que pudiera, a su vez, conllevar la responsabilidad internacional del Estado Nacional (punto 4).

8 El término «remedial», proveniente del derecho anglosajón, alude a las posibles medidas contenidas en una sentencia condenatoria. El aspecto «experimental» a su turno, alude, a la superación de una forma más directiva de condena, buscando en cambio, formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tengan la posibilidad de colaborar en un proceso reconstructivo. Véase: Sabel, Ch. – Simon, W., «Destabilization rights: How Public Law litigation succeeds», 117 *Harvard Law Review*, 1016 (2003-2004), Bergallo, Paola, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, disponible en línea: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yfs\\_sela/45/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yfs_sela/45/)

de control ulterior a niveles mínimos y casi inoperantes.<sup>9</sup>

El curso posterior de los acontecimientos parece dar la razón a la autora. Es así que en el año 2014 un grupo de Defensores departamentales se presentaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el marco del legajo de ejecución del fallo que venimos reseñando. Se puso de manifiesto en la presentación, el agravamiento de las condiciones de detención y el hacinamiento registrado en el sistema penitenciario bonaerense. Todo ello, en franco ascenso respecto de los guarismos habidos para la fecha de la resolución anterior de la Corte. Además, se expuso el incumplimiento de la decisión precedente, toda vez que se había procedido a rehabilitar los calabozos ubicados en comisarías.<sup>10</sup> Con la presentación proponían una serie de medidas para dar operatividad al precedente del año 2005.

El planteo de los Defensores fue desestimado por providencia simple del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante SCBA), afirmando que la etapa del ejecución del proceso anterior estaba concluida. Los ahora recurrentes entendieron que dicha resolución debió revestir las formalidades de las sentencias definitivas por lo que plantearon su nulidad. La misma fue igualmente desestimada por mayoría del tribunal. En suma, se argumentó en favor de la conclusión de la etapa ejecutiva a partir del señalamiento de las medidas adoptadas y la delegación del cumplimiento en las autoridades administrativas competentes. Contra dicha resolución se alzaron los requirentes y plantearon el Recurso Extraor-

dinario Federal cuya denegatoria motivó la queja que la CS resolverá en el caso que ahora analizamos.

## 2. La sentencia de la Corte Suprema en *Verbitsky II*

La sentencia que reseñamos pone de resalto las particularidades de los procesos estructurales y las adecuaciones procesales necesarias para darles tutela judicial efectiva. Como antesala del análisis que realizaré en el siguiente apartado, me detendré aquí en los argumentos que vertebran la decisión. La noción de *eficacia procesal* aparece directamente abordada por la CS y creo que de allí se pueden extraer algunas reflexiones útiles para el progreso de este tipo de procesos.

La Corte comienza su argumento recordando los puntos salientes de su decisión anterior. En especial, puso de resalto que en aquella se había ordenado *hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importase un trato cruel, inhumano o degradante* o cualquier otro susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado Federal. Así, se destacó que en aquella oportunidad se había valorado que la situación de superpoblación carcelaria acreditada en la causa afectaba —de manera colectiva— los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de su libertad.

Todo ello condujo a que la Corte, según ahora lo memora, estableciera los parámetros adecuados para diseñar un modelo de solución participativo e inaugurar una etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de tales violaciones constitucionales. A ello añadió el tribunal que en materia de habeas corpus su doctrina establece que el procedimiento aplicado

<sup>9</sup> En este sentido: Puga, Mariela, *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, CLACSO, Buenos Aires, 2012, p122.

<sup>10</sup> Resolución N°642 del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

a esta acción exige que se agoten todas las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto (Fallos 306:448; 322:2735; 323:4108). Concluyó así, de manera preliminar, que lo resuelto por la SCBA se alejaba del imperativo de efectividad vinculado con la finalidad del habeas corpus.

En su considerando 6° ensaya un razonamiento de *reducción al absurdo* al señalar que de lo resuelto por la SCBA se seguiría la necesidad de iniciar múltiples planteos individuales ante la instancia originaria. Sin embargo, la oportuna calificación del problema como un conflicto estructural y colectivo negaban la utilidad de dicha vía individual. Este punto es interesante porque si bien no queda claro que la SCBA pensara en planteos individuales cuando remite a los Defensores ante la instancia de grado,<sup>11</sup> en cambio sí se puede leer el argumento de la CS como un refuerzo de la entidad colectiva del caso.

Luego, la Corte argumenta *a contrario sensu* al decir que tampoco se advierte el beneficio –para la *maximización de la eficacia del objeto del proceso*– de la propuesta iniciación de un nuevo proceso. De ser así, se estaría desestimando el valor de todo el material probatorio y la actividad

procesal útil desarrollada entonces (cdo. 7°). Este argumento se vincula estrechamente con uno de los tópicos que analizaré en el apartado siguiente y que enlaza la noción de eficacia con la de rendimiento procesal. Además, la Corte afirma que la presentación de los Defensores Oficiales estaba poniendo de resalto, de manera empírica, que las condiciones que originaron el habeas corpus originario persistían y se hallaban agravadas, lo cual *per se* demostraba la falta de conclusión de aquella instancia (cdo. 8°).<sup>12</sup>

Según la CS, la decisión de la SCBA pretendía clausurar el proceso de habeas corpus sin haber evaluado el impacto que las medidas oportunamente aplicadas por el tribunal local habrían tenido para cumplir con el contenido de la decisión precedente. Y sin explicitar, además, cómo se evaluaba la eficacia de la implementación de aquella decisión ante la persistencia de la situación denunciada.

Concluyó así que el *a quo* se apartó de la dimensión acordada a la estructuración del proceso de ejecución de la primigenia sentencia. En particular, en cuanto la decisión había encomendado el cumplimiento de objetivos que imponían un rol activo del tribunal en tanto subsistieran las condiciones que dieron origen al proceso. La Corte remite entonces la causa a la instancia local para que se dicte un nuevo pronunciamiento con ajuste a lo decidido.

### 3. La cuestión de la eficacia en los procesos estructurales

El señalamiento que hace la CS relativo al carácter colectivo del caso merece un

11 De la lectura de los antecedentes reseñados en el Dictamen de la Procuración General parece surgir algo diferente. Es decir, que los planteos que se mandaba a impetrar ante la instancia de grado podrían ser colectivos. En este mismo sentido se orienta la opinión de la Procuración. En la misma se puede ver un claro señalamiento del carácter estructural de la cuestión debatida y de la necesidad de encauzar su tratamiento a través de un habeas corpus colectivo y correctivo. Sin embargo, se considera necesario un nuevo proceso para buscar los remedios más adecuados para el caso, sin necesidad de ajustarse a los parámetros del caso *Verbitsky I*. Funda esto, entre otros argumentos, en la cita de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, que afirma que *el remedio judicial efectivo debe ser idóneo para establecer si ha habido una violación de derechos y proveer lo necesario para remediarla. Y que no son efectivos aquellos remedios que por las circunstancias del caso se muestren ilusorios*. No profundizaré en esta cuestión, pero la cita claramente podría fundar también un sentido opuesto al sostenido en el dictamen y alineado con lo resuelto por la Corte.

12 He reseñado con detalle la sentencia originaria porque de su lectura se sigue con claridad que había un estado de cosas que se debía modificar y que mal puede darse por concluido el proceso si dicho estado de cosas subsiste.

análisis detenido. Como se ha dicho antes, lo hace al argumentar que de la resolución de la SCBA se seguiría que los planteos debían ser encauzados por vía de trámites individuales. Más allá de este último aspecto, pondremos nuestra atención en el modo en que el tribunal vincula el carácter colectivo y estructural del conflicto con la noción de *eficacia procesal*.<sup>13</sup>

En el considerando 6° el tribunal sostuvo que en virtud del carácter colectivo de los derechos involucrados la tutela implicada requería la protección de los intereses de todos los sujetos privados de la libertad en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. Toma este punto de su propio precedente.<sup>14</sup> A partir de ello podemos sostener que la CS trabaja con dos nociones de *eficacia*, una *horizontal* y otra *vertical*.

Por virtud de la primera, afirma la importancia de que lo decidido en un caso como el presente tenga efectos expansivos hacia todo el colectivo de afectados. Evitando el tratamiento del conflicto en moldes procesales individuales o de manera aislada. Este criterio condujo a que planteos ulteriores pero afines fueran encauzados con ajuste a lo resuelto en el precedente del año 2005.

Luego, la categoría de *eficacia vertical* aludiría al rendimiento de los trámites procesales para el cumplimiento de los objetivos de cada proceso en particular. Esta noción se apoyaría en la idea de proceso como un tránsito necesario orientado por un objetivo o propósito. En el caso, la Corte se refiere al rendimiento del habeas corpus en particular. Pone énfasis en la necesidad de optimizar el rendimiento de lo actuado

en la fase de conocimiento y decisión anteriores. Es decir, remarca la necesidad de aprovechar dichos trámites para lograr el cambio estructural ordenado. A su vez, me permito pensar que igual noción remite a la idea de un aprovechamiento de todas las potencialidades que la propia etapa ejecutiva habilita para dar tutela a los derechos reconocidos en la sentencia.

Esta reconstrucción se apoya en lo expuesto por la Corte al desestimar la propuesta de iniciar un nuevo proceso sugerida por la Procuración en su dictamen y ordenada en la decisión en crisis. Vemos rastros de esta noción de *eficacia vertical* también cuando el tribunal afirma que la etapa ejecutoria debía considerarse abierta mientras se mantuvieran incumplidos los objetivos de la decisión. Aquí nos interesa esta segunda categoría porque es la que se vincula con la necesaria revisión de la noción de «instancia procesal» en los procesos de Interés Público caracterizados por la reforma estructural.

El voto mayoritario parece centrarse en una noción de rendimiento procesal de lo actuado, estrechamente vinculada con la noción de economía procesal, lo que se corrobora con los argumentos expuestos y en particular con la clara alusión a la *eficiencia*<sup>15</sup> habida en el considerando 7°. De esta manera, la Corte relaciona la eficacia con la eficiencia, es decir, no alcanza –a su criterio– con lograr el objetivo procesal perseguido sino que también debe hacerse con resguardo del valor de la economía procesal. Porque más allá de lograr la subsanación del estado de cosas lesivo, se procura hacerlo con el menor dispendio procesal posible

13 Nos mantendremos en el texto en el uso corriente del término, cuya definición es recogida en el Diccionario de la Real Academia Española. Así, vincularemos a la eficacia con la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

14 Considerandos 14 a 19 de la opinión de la mayoría y 16 de la disidencia parcial de Fayt.

15 En la Economía, se suele vincular esta noción con la optimización de recursos. Es decir que, entre dos medidas igualmente eficaces para lograr el fin perseguido, una puede ser más eficiente que la otra de acuerdo con el empleo que haga de los recursos disponibles.



o aprovechando al máximo los esfuerzos procesales involucrados.

El pivote argumental del voto mayoritario radica en la necesaria efectividad (vertical) del habeas corpus. Sin embargo, el voto del Ministro Rosatti sigue otro derrotero. Dedicó éste los considerandos 7° y 8° al señalamiento del carácter estructural del caso y la necesidad de adecuar las decisiones a dicha naturaleza compleja. Ello con el fin de garantizar la efectiva vigencia del mandato constitucional en juego y el respeto de los derechos que de él se desprenden (cdo. 7° *in fine*).

Afirma que la dificultad de la ejecución de la sentencia en estos casos se deriva de la naturaleza compleja de los conflictos abordados –los que imponen la revisión de políticas públicas o prácticas institucionales– y del tipo de obligaciones que se debe imponer en las resoluciones. Esto último, motiva que el proceso de ejecución sea prologando y complejo, permitiendo que durante su curso se modifiquen los sujetos particulares involucrados (aunque no su rol o pertenencia colectiva), así como también las modalidades del agravio originario, manteniéndose no obstante el cuadro crítico que generó la presentación judicial colectiva.

Este señalamiento del voto particular acierta con precisión en el corazón del problema jurídico que la Corte debía resolver. Porque, en definitiva, más allá de la doctrina particular sobre el habeas corpus que la mayoría refiere –al abordar la necesidad de lograr su eficacia– aquí más interesa señalar el carácter estructural del problema que los caracteres de la acción específica. De hecho, me atrevería a sostener que la mayor trascendencia del caso *Verbitsky I* resulta de ser el primer proceso estructural planteado en nuestro país, con independencia de haber sido un caso de habeas corpus.

Por ello, pienso que de la opinión en minoría se puede seguir, con naturalidad, que para todo proceso estructural se deben organizar instancias de ejecución complejas y de largo alcance. Cuestión que, entonces, expande la doctrina del habeas corpus ya citada. Y en este sentido, la eficacia impone lograr el mejor rendimiento procesal posible del propio proceso en curso, anudando así la noción de eficacia con la de eficiencia procesal.

Pero no concluye allí el interés del voto de Rosatti. Inquire el magistrado: *¿Cuándo se puede dar por concluido un proceso de ejecución en estos casos?* (cdo. 9°). Ensayó su respuesta desde un doble enfoque. Afirma que, desde un punto de vista *institucional*, los mismos concluyen cuando se establecen objetivos en la sentencia y se determinan los responsables para su cumplimiento. En cambio, en el plano *funcional*, los mismos terminan cuando se comprueba un nivel de cumplimiento efectivo de las acciones y medidas dispuestas para la solución del caso. Mostrando a la vez, que las mismas son suficientes para frustrar razonablemente la posibilidad de reversiones que reediten la situación inicial.

Estas afirmaciones definen el rol que cabe al poder judicial en la custodia de la vigencia de los derechos, a la par que calibran adecuadamente los alcances de la eficacia procesal aplicada a los procesos de reforma estructural. Una sentencia que declarara un estado de cosas inconstitucional y sin embargo, no pudiera hacer nada al respecto, delegando todo cambio en la buena voluntad de los condenados, echaría por tierra con todo esfuerzo anterior en el desarrollo del proceso.

Por esto resulta sumamente trascendente asumir que esta etapa, tendrá que durar el tiempo que sea necesario para la consumación del cambio perseguido. Las posibilidades para el desarrollo de la mis-

ma son múltiples, según puede verse en la experiencia nacional y comparada.<sup>16</sup> Sin embargo, parece una cuestión irrenunciable la presencia del juez en esta etapa y la posibilidad de cierto control periódico de los avances sobre los cambios exigibles. Ello sin perjuicio de la posibilidad de ir arbitrando modificaciones sobre los mandamientos judiciales cuando las condiciones así lo requiriesen. Además, en esta etapa también resulta crucial la participación de los afectados y las autoridades obligadas, guiadas por una «racionalidad comunicativa»<sup>17</sup> para la construcción de soluciones.

A este respecto, se ha hablado de la creación de una «microinstitucionalidad»<sup>18</sup> a partir del establecimiento de agentes (que pueden ser los propios actores u otros) que sean auxiliares del juez a los efectos de ejercer el seguimiento de la decisión. La experiencia habida en el caso Mendoza<sup>19</sup>

tramitado ante la propia CS proporciona un claro ejemplo de las posibilidades que esta etapa ofrece.

#### 4. Algunas reflexiones finales

Una primera cuestión que me gustaría mencionar y que da cuenta del valor del fallo analizado está vinculada con sus efectos. El mismo rehabilita un proceso que podría haberse concebido como trunco y brinda la posibilidad de que el poder judicial actúe dentro de sus competencias constitucionales, pero con una actitud proactiva para la solución de conflictos especiales y de alta sensibilidad constitucional.

El resaltar la importancia de la etapa de ejecución en los procesos estructurales es, sin embargo, el principal aporte de este caso. La interpretación de la eficacia procesal, en su vinculación con este tipo de procesos nos lleva a pensar en alcances de la decisión más allá de los procesos de habeas corpus. Esto surge claro de la opinión en minoría. Sin embargo, de la noción de eficacia en sentido vertical, con su enlace a la eficiencia, podemos extraer también la conclusión de que esta doctrina podría ser aplicable a otro tipo de acciones en que se abordaran procesos de reforma estructural por virtud del principio de economía procesal.

El caso deja en evidencia que el cambio estructural puede llevar un tiempo y una modalidad de trabajo muy diferentes de las que conocíamos en los procesos individuales típicos. Ya he destacado que esta cuestión no es ajena a la práctica constitucional argentina y el caso Mendoza resulta buena prueba de ello. Allí, la Corte pudo hacer las adecuaciones procesales necesarias y pareciera que espera que las

16 El tema relativo a la fase de ejecución de estas sentencias resulta uno de los más novedosos para nuestra práctica constitucional. Sobre la experiencia del caso colombiano, véase: Rodríguez Garavito, C. – Rodríguez Franco, D., *Cortes y cambio social*, Colección Dejusticia, Colombia, 2010. Para un análisis más detenido y una propuesta de regulación remito a lo dicho en: *Juicio a la desigualdad. La defensa de los derechos sociales a través del proceso*, Marcial Pons, 2021.

17 Habermas, Jürgen, «Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la Teoría de los actos de habla» en *Verdad y justificación*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, (pp 99-123).

18 Lorenzetti, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, pp152-3.

19 En este caso se promovió un reclamo ambiental relacionado con la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo. La CS dio al expediente un trámite judicial innovador que permitió iniciar un proceso de reforma estructural de largo alcance. Véase: «Mendoza, Beatriz Silvia y ot. c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)» (Expte. M. 1569.XL). Para profundizar en el análisis del caso remito a la abundante bibliografía sobre el tema. Así, por ejemplo, puede verse: Nápoli-Esain, Riachuelo: «Habemus sentencia», *Revista de Derecho Ambiental*, oct.-dic, 2008, N°16, pp97-119; Sola, Juan V., «La Corte Suprema y el Riachuelo», *La Ley*, 2008-E, p 117; Carnota, Christian, «Corte vs. Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo», *La Ley* 25-IX-2008; p 1; Catalano, Mariana, «El fallo Mendoza», *La Ley* 2008-E, p 127; Tettamanti de Ra-

mella, Adriana, «Una sentencia que trasciende la cuestión ambiental», *La Ley* 2008-D, p 463.

instancias locales procedan de igual manera. No lo dice de modo explícito, claro, pero lo sugiere. Además, no imagino otro modo de dar seguimiento a una decisión tan compleja como la del caso *Verbitsky I* si no es a través de un rol activo de parte de la justicia local.

Esta sentencia consolida el criterio adoptado por la CS en su precedente del año 2005 y esto es por sí mismo auspicioso. Pero lamentablemente poco ha cambiado en el plano normativo procesal desde entonces. Luego, resulta oportuno

animar a los legisladores a trabajar en soluciones específicas, tomando en cuenta que la experiencia local y comparada brindan soluciones que han funcionado por lo cual no es una cuestión de inventar ex *nihilo* una regulación, sino de ir consolidando aprendizajes. Mientras tanto, no quedará otra opción que seguir reivindicando el rol proactivo de la magistratura, convencida –como lo estoy– de que el litigio viene a actuar como motor de cambio social ante la omisión de los otros poderes del Estado.



Marten van Heemskerck, 1556



## Sobre el tópico de la perspectiva de género en el proceso penal y la presunción de inocencia: una réplica cordial a Elena Larrauri

Arturo MUÑOZ ARANGUREN

### 1. El malentendido

He leído con el máximo interés el estimable trabajo de Elena Larrauri «Una agenda feminista (para la criminología)», publicado en el número de julio de 2021 de la revista *Jueces para la Democracia*.<sup>1</sup> Interés compatible, en mi caso, con una cierta alarma al ver asociado mi nombre con una postura que jamás he defendido. Escribo estas líneas desde el máximo respeto a una penalista a la que admiro, justamente considerada como pionera y experta en esta materia. Y además con relación a un trabajo cuyo planteamiento –y buena parte de sus conclusiones– comparto.

Afirma la profesora Larrauri que le «indigna que se atribuya a “las feministas” o a la “perspectiva de género” los embates que sufre el “derecho penal liberal”». Y, a continuación, parece atribuirme a mí esa abstrusa línea de pensamiento, al señalar que «así, por ejemplo, Muñoz Aranguren advierte sobre el riesgo de introducir la in-

versión de la carga de la prueba prevista en la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el derecho penal y cita en el sentido crítico diversas sentencias que atribuyen a la víctima la condición de “testigo privilegiado”» (p. 14).

En ningún momento he cometido yo la enormidad de atribuir “a las feministas” o a la “perspectiva de género” un acoso a los cimientos fundamentales del Derecho Penal moderno. Ni sostengo nada remotamente parecido a lo anterior, ni simpatizo en modo alguno con las posiciones ideológicas que en los últimos años alientan este tipo de críticas de brocha gorda contra el colectivo feminista. Dado que en el texto de Elena Larrauri se entrecorren ambos términos (al igual que la locución “derecho penal liberal”), sus lectores podrían pensar –aunque estoy seguro de que no fue esa la intención de la autora– que se trata de una cita literal de mi trabajo. No es así.

Aclaro que ni la expresión “derecho penal liberal” ni el término “feministas” son empleadas a lo largo de las 44 páginas de mi estudio. Afortunadamente, no creo que este sea un colectivo monolítico y jamás se me ocurriría realizar descalificaciones genéricas de ese tenor. Hay muchas formas

---

1 En *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 101, 2021, pp. 5-20. En la portada de la revista, el artículo aparece con un título ligeramente modificado: «Una agenda de estudio feminista».

de entender el feminismo y no todas sus corrientes coinciden, ni en sus planteamientos, ni en sus aspiraciones<sup>2</sup>.

Tampoco sería correcto afirmar que yo haya sostenido que la perspectiva de género lamine *por definición* las garantías procesales del acusado. Al contrario: en todo momento he defendido –también en ese trabajo– que la perspectiva de género es una herramienta útil en el proceso penal. No solo durante la instrucción la causa –con el fin de evitar investigaciones indebidamente estereotipadas–, sino incluso en la fase decisoria, para evitar que los jueces sucumban inadvertidamente, por ejemplo, a esas falsas máximas de la experiencia conocidas como los “mitos de la violación”. En fin, remito a cualquier lector interesado a que lo compruebe por sí mismo<sup>3</sup>.

La cuestión puede parecer trivial, pero se comprenderá que no me gustaría quedar injustamente retratado como un antagonista del feminismo.

Deshecho el malentendido (que intuigo con toda sinceridad involuntario), creo provechoso realizar algunas matizaciones sobre las interesantes cuestiones de fondo que laten en las reflexiones de nuestra autora. Porque es verdad –y de ahí quizá la cita– que no me conformo con aceptar acríticamente cualquier iniciativa adornada con la etiqueta de la perspectiva de gé-

nero. Tampoco lo hace Larrauri, por cierto, como evidencia el estimulante espíritu crítico que rezuma su trabajo.

## 2. La identificación del problema: la supervaloración del testimonio del denunciante

A juicio de Larrauri existiría un nuevo tópico «que tiende a contraponer la defensa de las garantías liberales con el “feminismo” (sin distinguir)» (p.13). No sé si la discusión llega a la categoría de *topos*, pero hasta donde me alcanza la controversia no se extiende sobre una supuesta influencia perniciosa del “feminismo” (signifique eso lo que signifique) en el respeto a las garantías procesales. La crítica se ciñe a la utilización del barniz de la perspectiva de género para justificar una supervaloración probatoria del testimonio de la persona denunciante en detrimento –es inevitable– de la presunción de inocencia del acusado. Veámoslo con algo más de detalle.

El primer reproche que formula la autora es que se expongan los problemas relativos a la complejidad valorativa, la dificultad de condenar solo con el testimonio de la víctima o el riesgo de quiebra de la presunción de inocencia, «como si fueran exclusivos de estos delitos» (de violencia de género). Al menos en mi caso, esa afirmación no es del todo exacta<sup>4</sup>, pero tampoco lo es en el de otros autores que, con mejor fortuna que yo, se han ocupado últimamente

2 De hecho, la profesora Larrauri da cuenta rigurosa en su artículo de muchas de esas discrepancias en el seno de ese colectivo y no duda en separarse, cuando lo considera oportuno, de lo que ella misma califica como «feminismo oficial».

3 En ese trabajo puede leerse, por ejemplo, lo que sigue: «El rendimiento en el ámbito forense de la perspectiva de género puede servir para desvelar aquellos estereotipos o prejuicios sexistas que, de forma más habitual, afloran en las decisiones judiciales o durante la instrucción de la causa. Su identificación es el primer paso para su desactivación», Muñoz Aranguren, Arturo, «El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales: Una aproximación desde la psicología jurídica», VVAA, *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género, Cuadernos Penales José María Lidón* n.º 16, 2020, p. 46.

4 Por ejemplo, y al margen de la violencia de género, he criticado la tendencia de ciertos autores y, sobre todo, de alguna jurisprudencia, a denunciar una supuesta “hiperinflación” del derecho a la presunción de inocencia, que obstaculizaría desproporcionadamente la persecución de determinados delitos. Y, en general, he objetado al valor generalmente desmedido concedido a la inmediatez judicial con relación a toda clase de delitos. Cfr. Muñoz Aranguren, Arturo, «La presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*: algunas equívocos», en *Los Derechos Humanos en el siglo XXI*, VVAA, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 255-259.

de estos asuntos, como José Luis Ramírez Ortiz<sup>5</sup> o Perfecto Andrés Ibáñez<sup>6</sup>. En nuestra posición crítica subyace un escepticismo común con respecto a las virtudes epistémicas de la intermediación judicial –tradicionalmente sobreestimadas–, y no solo en relación con los delitos de violencia de género, sino ante cualquier otro cometido en la intimidad y con pocos o inexistentes elementos de corroboración externa.

La profesora Larrauri va un paso más allá al señalar que «y ni siquiera es el único delito en el que se privilegia, *de facto*, un testimonio. También en los casos en los que declara un policía, quizás este testimonio goza de mayor credibilidad, por la posición institucional del testigo y, por tanto, *prima facie*, imparcial» (p. 14). Lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concluido, desde hace mucho, que en los supuestos en los que el policía esté involucrado en los hechos, bien como víctima (i.e., atentado, resistencia, etc.), bien como sujeto activo del delito (por ejemplo, detención ilegal, torturas, delitos contra la integridad moral, etc.) no resulta aceptable «en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas<sup>7</sup>» (Sentencia del Tribunal Su-

premo n.º 364/2015, de 23 de junio, ECLI: ES: TS: 2015: 2754).

Y acierta la Sala Segunda al sostener «que no puede ser así porque *cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia en los sujetos afectados por ellas*. De manera que las aportaciones probatorias de los afectados agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que las que objetivamente se deriven, no del a priori de la condición funcional de estos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio». (STS n.º 200\2017, de 27 de marzo, ECLI: ES:TS:2017:1069).

Me interesa destacar, porque es de una importancia decisiva, que el impecable razonamiento de esta STS muestra que el otorgamiento de un valor probatorio privilegiado al testimonio del denunciante (sea del delito que sea) *siempre* conlleva el correlativo menoscabo del estatuto procesal del acusado. Conviene no olvidarlo.

No es descartable que, en la práctica, como indica la profesora Larrauri, algunos

5 «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», *Diario La Ley*, n.º 9199, 17 de mayo de 2018, pp. 15-16; trabajo en el que el autor analiza, entre otros aspectos, la valoración del testimonio de los menores en casos de abuso sexual.

6 Cfr., en otros muchos, «En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 1, 2020, pp. 75-101; o «"Jurisprudencia" presumiblemente "en serio"», *Jueces para la democracia*, n.º 98, 2020, pp. 127-145, que contiene sustanciosas reflexiones sobre la valoración judicial del testimonio de los menores.

7 Tampoco goza su declaración de un valor cualificado cuando versa sobre hechos en los que el policía inter venga por razón de su cargo. Así, la STS n.º 200\2017,

de 27 de marzo, ECLI: ES:TS:2017:1069, afirma lo que sigue: «Pero cuando se refiere a hechos en que intervengan por razón de un cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, lo que la doctrina denomina "delitos testimoniales", que tienen como característica común la percepción directa de su comisión por aquellos, el art. 297.2 LECrim. otorga valor de declaración testifical a la prestada por funcionarios de la policía judicial en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio, reiterando en parte tal formulación del art. 717 que añade, para el juicio oral, y sin restricción alguna, pues omite la limitación a los hechos de conocimiento propio que "serán apreciables según las reglas del criterio racional". El Tribunal Constitucional (S. 229/91 de 28.11) y esta Sala Segunda Tribunal Supremo (SS. 21.9.92, 3.3.93 y 18.2.94), así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios debiendo ajustarse su apreciación y contenido a *los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical*».

tribunales de instancia no sigan estas indicaciones del TS y privilegien indebidamente el testimonio policial. Pero convendrá conmigo en que una eventual mala praxis judicial no debería servir de pretexto para justificar una sobrevaloración probatoria que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en modo alguno contempla<sup>8</sup>.

## **2. La sola declaración de la víctima como prueba de cargo y las pautas fijadas por la Sala Segunda para la valoración probatoria de las declaraciones de testigos**

Se sostiene en «Una agenda feminista (para la criminología)» que «nadie defiende que el testimonio de la víctima no es suficiente [para condenar] ya que TS admite que *la declaración de la víctima es prueba suficiente*, cuando existe credibilidad subjetiva, verosimilitud y no esté desvirtuada por “indicios indirectos objetivos”» (p. 14). No creo que pueda aceptarse esa afirmación sin realizar antes varias matizaciones. Para empezar, es dudoso que exista tal unanimidad en la doctrina. Por citar las palabras de un trabajo que menciona elogiosamente la propia profesora Larrauri<sup>9</sup>:

«En resumen: el testimonio único, sea el de la víctima, sea el de un tercero, en sentido estricto (no corroborado) es prueba insuficiente para acreditar la hipótesis acusatoria como paso previo a la condena. La declaración de un solo testigo solo es apta a tal efecto si algunos de los datos

probatorios relevantes que de ella resultan encuentran respaldo en otras fuentes de prueba».

Tampoco en la jurisprudencia esta posición favorable a la tesis de la suficiencia de declaración de la víctima (sin necesidad de la concurrencia de elementos de corroboración externos), aun siendo muy mayoritaria, es unánime.

Así, la STS n.º 833/2017, de 18 de diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4489, subraya que el acceso del juzgador a las pruebas directas a través de la intermediación «no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos».

Para añadir a continuación:

«Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas. La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del

<sup>8</sup> El artículo 717 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de Policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional».

<sup>9</sup> Ramírez Ortiz, José Luis, «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». *Quaestio facti, Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2019, Vol. 1, p. 219.



imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos. Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia».

Como explica Ramírez Ortiz, esta STS no llega a enunciar explícitamente lo que en ella subyace: la exigencia de corroboración externa del testimonio. Probablemente, porque tal exigencia no era compartida por todos los miembros del Alto Tribunal<sup>10</sup>.

La lúcida STS 671/2021, de 9 septiembre, ECLI:ES:TS:2021:3373 (ponente: Javier Hernández García) ahonda en esa línea discursiva, al sostener que es preciso abandonar, en los supuestos en los que la prueba del hecho se funda de manera sustancial en el testimonio de la persona que afirma haber sido víctima, estándares restrictivos de admisión de prueba basados en una suerte de *“principio de credulidad”* (por el que el testigo debe ser creído a salvo de que haya razones para dudar): «Las exigencias cognitivas del proceso penal que se derivan de nuestra Constitución, como garantía también del derecho a la presunción de

inocencia de la persona acusada, obligan a partir del *“principio de desconfianza”*, lo que comporta que no debe creerse a salvo que haya razones para considerar que lo que se transmite es correcto».

Los peligros de la interpretación mayoritaria se aprecian bien en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo n.º 750/2021, de 6 de octubre. Ante un acusado (que años después se convertiría en diputado) de agredir a un policía, y ausentes corroboraciones verdaderamente *“externas”*, el debate procesal acaba reducido a la concesión (o no) de valor prevalente al testimonio del denunciante sobre la versión exculpatoria del acusado (la palabra de uno contra la del otro, por decirlo en términos simples). La tesis que finalmente se impuso, favorable a la condena, me parece insatisfactoria, pues cuando se trata de contextos fácticos en los que esos datos corroboradores debieron existir a la fuerza (en este caso, la presunta agresión se produjo en el seno de una manifestación, con multitud de potenciales testigos) ese déficit probatorio no puede resolverse en detrimento del reo.

Como se subraya con acierto en el voto particular discrepante:

«A estos efectos, ya desde antiguo este Tribunal Supremo ha venido que en el trance de valoración del testimonio único, deberá ponderarse su credibilidad subjetiva, –cuidando de reparar en la posible existencia de móviles o propósitos espurios que pudieran estar animando el testimonio; y ponderando también las cualidades personales del testigo vinculadas a su capacidad de percepción–; su credibilidad objetiva, –que tomará en cuenta la solidez y persistencia de su relato–; y *analizando, por último, el posible concurso de elementos objetivos, en tanto ajenos a la sola voluntad del testigo de cargo, que pudieran corroborar, al menos, ciertos aspectos co-*

<sup>10</sup> Pero lo apunta inequívocamente al referirse a las hipótesis delictivas respecto de hechos «cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas...». En la misma línea, cabe citar también la STS 451/2015, de 14 de julio, (ECLI:ES:TS:2015:3243) dictada, como recuerda Ramírez Ortiz, por otro de los magistrados (Andrés Ibáñez) que, junto a Varela Castro y Jorge Barreiro, se habían caracterizado por defender en el TS un modelo de valoración racional de la prueba que desconfía del testimonio único, en especial cuando se asocia a la mística de la *“íntima convicción”*. En la actualidad, me parece que esa corriente está representada en la Sala Segunda por los magistrados Javier Hernández García y Leopoldo Puentes Segura.

*laterales o periféricos del relato* (ya que no los nucleares pues, en tal caso, no estaríamos, en realidad, ante un testimonio único) [...] Los elementos de corroboración, para serlo, han de proceder, a nuestro juicio, de una fuente distinta de la propia voluntad del testigo cuya declaración trata de confirmarse. El testigo afirma que fue agredido y es el testigo el que acude a recibir después asistencia médica e identifica a su supuesto agresor. Se corrobora a sí mismo».

Se trata, como se ve, de un debate todavía abierto y muy vivo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Tampoco creo que pueda aceptarse sin más, como parece sostener la profesora Larrauri, que el testimonio de la víctima sea prueba de cargo suficiente si concurre la triada clásica de credibilidad subjetiva, verosimilitud y la persistencia en la incriminación. Se trata de tres pautas orientadoras manejadas habitualmente por el Tribunal Supremo para evaluar el grado de credibilidad de los testigos, pero no de criterios normativos que conviertan en necesariamente creíble su deposición. Criterios que han de ponderarse «con carácter previo a la entrada en el juicio crítico del contenido de la declaración, pero que no pueden sustituir a este<sup>11</sup>».

Porque el testimonio de un testigo puede ser subjetivamente creíble, verosímil y persistente en el tiempo, pero eso no garantiza, desde el punto de vista epistemológico, que el relato se ajuste a lo realmente sucedido. Y, al contrario, puede ser que el testimonio de un testigo carezca de alguno de esos tres requisitos –como sucede cuando concurre una enemistad manifiesta del testigo con el acusado–, lo que de suyo no impide que sea veraz. No son, por

tanto, axiomas euclidianos que de forma taumatúrgica nos releven cuando un testigo dice o no la verdad, sino pautas que orientan al juez a la hora de aproximarse a la labor crítica de analizar el rendimiento epistémico de su testimonio.

En fechas recientes lo ha recordado la Sala Segunda:

«Son incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la intermediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder». STS núm. 351/2021, de 28 abril (ECLI:ES:TS:2021:1732).

El segundo reproche que formula la autora –y en este punto le asiste en buena parte la razón–, es que en muchas ocasiones estas críticas no van acompañadas de propuestas de solución. Añadiré que, modestamente, algunas de ellas las mencioné en el trabajo en cuestión y otro tanto cabe decir de los excelentes trabajos publicados por Ramírez Ortiz, quien desde su experiencia forense ha realizado un importante esfuerzo teórico para identificar las mejoras que podrían implementarse en la instrucción de este tipo de delitos<sup>12</sup>.

Porque precisamente la doctrina jurisprudencial de la que algunos discrepa-

<sup>11</sup> Ramírez Ortiz, José Luis, “El testimonio único...”, ob. cit., p. 211.

<sup>12</sup> Vid. *Perspectiva de género y proceso penal: una reflexión crítica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

mos, al otorgar un tratamiento privilegiado a la declaración de la denunciante, incentiva que en las investigaciones policiales y judiciales no se presten la atención debida a los elementos de corroboración periférica<sup>13</sup>.

### 3. El rol de la presunción de inocencia en el proceso penal

La tercera y última crítica, que mueve confesadamente a la autora hasta la indignación, es que se invoque el derecho a la presunción de inocencia para oponerse a cierta jurisprudencia de la Sala Segunda que otorga un valor probatorio preeminente y cualificado a la declaración de quien se dice víctima del delito. A este respecto, se indica que «el riesgo es que se debilite la presunción de inocencia, pero la pugna, por lo que alcanzo a ver, no es con “las feministas”, sino que hace referencia esencialmente a unas sentencias dictadas todas por el mismo magistrado ponente».

Me alegra que, en el espacio de unas pocas líneas, la autora matice sus apreciaciones iniciales e identifique correctamente como objeto de mi crítica no “a las feministas” sino a determinadas sentencias dictadas por la Sala Segunda. En este punto, tengo poco que añadir. Efectivamente, he sostenido que esa jurisprudencia del Tribunal Supremo no solo me parece incorrecta, sino de dudosa constitucionalidad<sup>14</sup>. Y

ello no puede ser interpretado como una crítica al feminismo o a la aplicación de la perspectiva de género en el proceso penal, sino como una discrepancia dogmática sobre cómo debe valorarse la declaración testifical de un denunciante (de este o de cualquier otro delito).

En rigor, nuestra reflexión trascendente del ámbito de la violencia de género y cuestiona que, desde muy diversos posicionamientos ideológicos, se aluda a una supuesta hipertrofia del derecho a la presunción de inocencia (casi siempre bajo el argumento del riesgo de impunidad de determinadas conductas) para justificar así un menoscabo en las garantías constitucionales del acusado<sup>15</sup>.

No se trata de que algunos autores hayamos decidido poner el foco, con alguna finalidad aviesa, solo en los delitos de violencia sexista contra las mujeres. Lo que ocurre –al menos en mi caso– es que esta jurisprudencia se ha dictado única y exclusivamente con relación a estos tipos delictivos<sup>16</sup>. No tengo constancia de que el

---

Tribunal Constitucional en su STC 87/2020 «Quien figura en el proceso como víctima de maltrato se encuentra a priori en una posición privilegiada como testigo directo de aquellos hechos que le afectan, y que, con frecuencia, se desenvuelven en un entorno de privacidad, sin que, no obstante lo dicho, aquella declaración goce de prevalencia alguna en la convicción judicial...»

<sup>15</sup> Rafael Alcácer Guirao ha salido al paso de algunas objeciones doctrinales opuestas en fechas recientes contra la presunción de inocencia como *regla de juicio*, vid. “Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e *in dubio pro reo*”, *RECPC*, n.º 23-09, 2021, pp. 1-47.

<sup>16</sup> Jurisprudencia confesadamente inspirada en una particular visión del magistrado ponente de la perspectiva de género aplicada a la valoración probatoria. Y contra esta utilización de la perspectiva de género para rebajar la presunción de inocencia sí que me posiciono abiertamente. Como ha explicado Andrés Ibáñez, esta supervaloración del testimonio de la persona denunciante (que denomina “principio de victimización”) había sido defendida ya con anterioridad fuera de nuestras fronteras. Así, la Sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de México, que resuelve el recurso de amparo directo n.º 3186/2016, sostiene que, en caso de agresiones sexuales contra la mujer, la declaración de la víctima exige un tratamiento

---

<sup>13</sup> De la STC n.º 87/2020, de 20 de julio, pueden extraerse algunas lecciones provechosas sobre cómo instruir correctamente las causas incoadas por denuncias de violencia de género.

<sup>14</sup> Como también me lo parecería una norma que instaurara la inversión de la carga de la prueba en el proceso penal. Posición que –en este caso sí– correctamente me atribuye la profesora Larrauri. Me parece tan evidente que esa inversión de la carga probatoria contra reo sería inconstitucional (pues la presunción de inocencia del acusado dejaría de ser una presunción, para ser otra cosa) que no creo que merezca la pena malgastar muchos esfuerzos argumentativos al respecto. Visión que parece compartir el

Tribunal Supremo haya afirmado, en otros contextos, que la mera declaración del denunciante de un delito goce de un estatus probatorio preeminente. Y si así fuera, manifiesto, desde luego, mi disconformidad.

Que este giro jurisprudencial no fue cuestión pacífica en la Sala Segunda lo evidencia no solo que el ponente de todas esas sentencias -menos una- fuera un mismo magistrado, sino que el Tribunal Supremo no haya vuelto a mencionar esta doctrina sobre el supuesto valor privilegiado del testimonio de la denunciante en ninguna sentencia, salvo error por mi parte, posterior al año 2019<sup>17</sup>. Y no será por falta de oportunidades: en los dos últimos años ha dictado numerosas sentencias resolviendo recursos de casación contra condenas por delitos relacionados con la violencia de género. Sirva de ejemplo de esta rectificación jurisprudencial la STS núm. 351/2021, de 28 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1732 (dictada ante uno de esos casos):

«La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del estatus de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión,

---

probatorio diferenciado, en virtud de la aplicación de la perspectiva de género. “Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible”, *Revista do Ministério Público*, 160, 2019, p. 69.

<sup>17</sup> De hecho, incluso el magistrado ponente citado (Vicente Magro Servet) parece haber abandonado recientemente su posición anterior. Así parece desprenderse de la STS n.º 3374/2021, de 15 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021:3374: “No puede establecerse, así, una pugna entre el valor preeminente de una declaración de la víctima y otra declaración, la del acusado, en el proceso penal, ya que ninguno de los casos tiene un valor de superposición de uno sobre otro, sino que debe ser el caso concreto y la práctica de la prueba lo que determine cuál es la que provoca y produce mayor convicción en este caso en el Tribunal, partiendo siempre de la base de que la presunción de inocencia es la que debe destruirse...”

al ser su testimonio la noticia misma del delito».

Finalmente, la profesora Larrauri alude a la necesidad de examinar el funcionamiento de nuestro sistema judicial puesto que «sin duda, las garantías y la “presunción de inocencia” juegan un rol (y más al ser las penas elevadas), pero hay que discutir cuando los resultados revelan garantías, dificultades procesales y estereotipos» (p. 15).

En este punto, estoy solo en parte de acuerdo con la autora. Coincido en que probablemente se pueda hacer más al respecto, especialmente durante la instrucción de la causa, y muy en particular para evitar investigaciones estereotipadas y victimizaciones secundarias (en la línea apuntada por la STC 87/2020). También en el ámbito asistencial, donde deben activarse con presteza todos los resortes desde el momento mismo en que la denuncia es formulada.

Subraya la autora el «efecto demoleedor de “animar a las víctimas a que denuncien”, para que luego mayoritariamente acabe el caso sobreesido o con una absolucón». Reflexión que me parecería asumible solo en la medida en que no se acabe identificando de forma automática como un “fracaso” del sistema la absolucón de un acusado por delitos asociados a la violencia de género. Después de todo, si se me permite la ironía, puede que alguno sea inocente.

Si lo he entendido bien, su apuesta por “discutir” el rol de la presunción de inocencia a la luz del alto número de denuncias que no acaban en condena apunta a una rebaja conceptual -cuyo alcance no se precisa- de ese derecho (y de ahí también su referencia a las “garantías” que, en su diagnóstico, lastran, junto con las “dificultades procesales” y los “estereotipos”, la persecución penal de este tipo de delitos).

Perugino, *Justice*, 1500-1503

En ese punto, mi discrepancia es tan respetuosa como inequívoca. Conviene recordar, con Perfecto Andrés Ibáñez, el papel central que la presunción de inocencia tiene en el proceso penal, y que bajo ningún pretexto puede ser minusvalorado: «el derecho que se examina [la presunción de inocencia] es un derecho *absoluto* de su titular, que deberá regir para él sin restricciones ni atenuaciones posibles, pues tiene *todo* el derecho a *toda* la presunción de inocencia, en *todos* los casos. Por decirlo con una terminología muy cara a las jurisprudencias constitucionales, contemplado en esta vertiente, en él no es posible distinguir un centro y una periferia: todo él es *núcleo duro*<sup>18</sup>».

Naturalmente que la investigación y punición de estos delitos presenta indudables

dificultades procesales. Pero la presunción de inocencia no debe ser vista como un obstáculo para la efectiva persecución y castigo de hechos delictivos, sino como el estándar probatorio –y epistémico– que nos permite no castigar a personas inocentes.

En su vertiente de *regla de juicio*, la presunción de inocencia no es un fetiche garantista. Es una apuesta decidida por un marco jurídico-constitucional que reduzca a la mínima expresión la posibilidad de que un inocente sea injustamente condenado. Esa apuesta tiene un envés –algunos culpables no serán sancionados–, en cualquier caso mucho menos lesivo que el alto coste que se paga cuando se cede ante pulsiones antigarantistas. Admito que puede ser una cuestión de prioridades axiológicas: el proceso penal visto como un instrumento para que el Estado ejerza eficazmente su *ius puniendi* o como un mecanismo destinado a prevenir que esa maquinaria estatal –los «poderes salvajes», en feliz expresión de Ferrajoli– condene a inocentes.

En fin, se trata de unas cuestiones de mucho interés, que la profesora Larrauri desarrolla con solvencia en su artículo. Me parecen especialmente agudas sus reflexiones sobre la necesidad de incorporar otras perspectivas al proceso penal (como la de clase, a menudo subestimada, cuando no ignorada) o su razonada crítica a las corrientes punitivistas. Asuntos de una gran complejidad, por lo que espero que Elena Larrauri me disculpe si no he entendido correctamente alguno de sus planteamientos. Creo que, en esta delicada materia, como en casi todos los aspectos de la vida, los matices son importantes.

18 "Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible", *Revista do Ministério Público*, 160, 2019, pp. 62-63.

# Breves notas sobre el fundamento constitucional de la cadena de custodia de la prueba digital\*

Geraldo PRADO

I. La cadena de custodia de la prueba es un método para mantener la integridad del elemento probatorio y asegurar su autenticidad en el marco de una investigación y juicio. Puesto que la violación de la cadena de custodia supone la imposibilidad de valorar la prueba, su examen –esto es, la verificación de la cadena de custodia– es uno de los objetos del juicio sobre la admisión de los medios de prueba o de los medios de obtención de pruebas, según sea el caso. Las consecuencias jurídicas de la ruptura de la cadena de custodia no se someten al juicio de *fuera probatoria*, ni siquiera de *relevancia* de la prueba.

La situación no cambia cuando el análisis se centra en las llamadas pruebas digitales<sup>1</sup>.

Sin embargo, el tema de la cadena de custodia de la prueba digital ilustra a la perfección la confluencia entre conceptos consagrados desde hace siglos en el derecho procesal penal continental europeo y los nuevos conceptos y nociones derivados de la vida biodigital de nuestros tiempos.

Por consiguiente, desde un punto de vista didáctico, la comprensión de la materia exige volver, en primer lugar, sobre la

---

mento esencial del análisis forense es la *atribución* causal de una secuencia de eventos a actores humanos específicos del sistema (tales como, los usuarios y los administradores). Cuando se usan en procesos judiciales, el *origen*, la *fiabilidad* y la *integridad* de los datos utilizados como prueba son de suma importancia. Es decir, consideramos todos los esfuerzos para realizar análisis de sistemas o artefactos tras el hecho como una forma de criminalística. Ello incluye actividades comunes, como la respuesta a incidentes e investigaciones internas, que casi nunca desembocan en un procedimiento judicial. En general, solo una pequeña parte de los análisis forenses llega a las salas de vistas como pruebas formales». Traducción libre del original en inglés: «The notion of *relevance* is inherently case-specific, and a big part of a forensic analyst's expertise is the ability to identify case-relevant evidence. Frequently, a critical component of the forensic analysis is the causal *attribution* of an event sequence to specific human actors of the system (such as users and administrators). When used in legal proceedings, the *provenance*, *reliability*, and *integrity* of the data used as evidence are of primary importance. In other words, we view all efforts to perform system or artefact analysis after the fact as a form of forensics. This includes common activities such as incident response and internal investigations, which almost never result in any legal actions. On balance, only a tiny fraction of forensic analyses make it to the courtroom as formal evidence». Ahmed, Irfan; Roussev, Vassil. Analysis of Cloud Digital Evidence. In: Chen, Lei; Takabi, Hassan; Le-Khac, Nhien-An (ed.). *Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud*. Hoboken, Singapura: John Wiley & Sons, 2019. P. 301-302.

---

\* Texto correspondiente a la conferencia titulada «A interface entre o Direito Digital e o Processo Penal», pronunciada en el ámbito del Ciclo Permanente de Palestras con el tema «Consequências do Uso da Inteligência Artificial no Processo Penal», ofrecido por el Núcleo de Estudio Luso-Brasileño de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (NELB), junto a la profesora Janaina Matida y el profesor Alexandre Morais da Rosa, el 20 de enero de 2021, a las 13 horas (horario de Brasilia), transmitida por Zoom. El referido evento se publicará en el canal del NELB en *Youtube*, al que se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://www.youtube.com/channel/UCisAlkBfPI-phVVWnZa-18WHQ>. Consultado el 21 de enero de 2021.

<sup>1</sup> Pese a la afirmación, el trabajo pericial también podrá contribuir a identificar pruebas relevantes contenidas en dispositivos informáticos, como afirman Irfan Ahmed y Vassil Roussev: «La noción de *relevancia* es inherentemente específica a cada caso y una parte importante del buen hacer de un analista forense es la capacidad de identificar las pruebas relevantes a un caso. Con frecuencia, un ele-

noción y el papel del *corpus delicti* en la determinación de la responsabilidad penal y, después, sobre la especificidad que caracteriza la prueba digital, tecnológica o la *e-evidence*, como es conocida.

II. Renzo Orlandi rescata el momento en el que, en el siglo XVI, juristas italianos y alemanes incorporaron las categorías de la *inquisitio generalis* y *specialis*, la *veritas criminis* y el *corpus delicti*, ya presentes en las obras de los glosadores y posglosadores «al léxico [jurídico]... a partir de los primeros comentarios... [a la] *Constitutio Criminalis Carolina*»<sup>2</sup>.

La idea central, que se ha ido reforzando desde entonces, era que la meta de la primera etapa de la persecución –la *inquisitio generalis*– era «determinar la existencia del delito en su palpable objetividad». Acentúa Orlandi que se creía que «la primera tarea del inquisidor consistía en investigar la *veritas criminis* o, según una expresión análoga, el *corpus delicti* o el *constare de delicto*»<sup>3</sup>.

La prioridad de la verificación del cuerpo del delito obedecía a una cuestión de orden lógico: «del hecho delictivo deriva la responsabilidad del autor» y el *corpus delicti* representa «un límite y un freno a los posibles excesos del juez»<sup>4</sup>.

En el siglo XIX, Savigny, encargado de preparar el proyecto del código de proce-

dimiento penal prusiano, ahondará en el tema de la prueba, separando claramente los momentos de la admisión y la valoración, etapa, esta sí, sujeta al análisis de la «fuerza probatoria»<sup>5</sup>. En la exposición de motivos del anteproyecto del código, el jurista tedesco distinguirá la *prueba legal negativa*, que contiene una cuestión de admisibilidad, de la criticada *prueba legal positiva*, que traduciría una escala de valoración apriorística de la prueba incompatible con el estado de la ciencia vigente. El cuerpo del delito era relevante.

El primer procesalista penal brasileño, João Mendes de Almeida Junior, profundo conocedor de las lecciones del jurista portugués Pereira e Souza, no discrepará de la opinión dominante sobre la función y prioridad del cuerpo del delito, «base de todo procedimiento penal»<sup>6</sup>.

«El cuerpo del delito solo prueba el delito, pero no muestra al delincuente»<sup>7</sup> advertía el maestro de las Arcadas que, entre otras virtudes recordará la misma lección, impartida por Tobias Barreto en el siglo XIX, en la valiosísima opinión sobre «[la] consideración de los medios [que] tienen importancia en el procedimiento penal como *corpus delicti*, como señales del hecho»<sup>8</sup>.

El orden lógico de análisis del cuerpo del delito es evidente, como reconocieron los prácticos. En una investigación de homicidio es una premisa verificar que la víctima no haya muerto de «causa natu-

2 Orlandi, Renzo. Investigações preparatórias nos procedimentos de criminalidade organizada: uma reedição da *inquisitio generalis*? In: *Lições Contemporâneas do Direito Penal e do Processo Penal* (Org. Luiza Borges Terra). 1.ª ed. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2021. En prensa.

3 Orlandi, Renzo. Investigações preparatórias nos procedimentos de criminalidade organizada: uma reedição da *inquisitio generalis*? In: *Lições Contemporâneas do Direito Penal e do Processo Penal* (Org. Luiza Borges Terra). 1.ª ed. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2021. En prensa.

4 Orlandi, Renzo. Investigações preparatórias nos procedimentos de criminalidade organizada: uma reedição da *inquisitio generalis*? in: *Lições Contemporâneas do Direito Penal e do Processo Penal* (Org. Luiza Borges Terra). 1.ª ed. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2021. En prensa.

5 Savigny, Friedrich Carl Von. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale. Edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini. Milano: Giuffrè, 2012. P. 73. Publicación original: 1846.

6 Almeida Junior, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume II. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 3.ª ed., 1920. P. 17.

7 Almeida Junior, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume II. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 3.ª ed., 1920. P. 17.

8 Barreto, Tobias. Comentário Teórico e Crítico ao Código Criminal Brasileiro. In: Barreto, Tobias. Barreto, Luiz Antonio (Org.). *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Segipe: Editora Diário Oficial, 2012. P. 203.

ral», es decir, comprobar si la muerte de la víctima realmente ha sido provocada por la conducta de otra persona.

Por ello, el cuerpo del delito al menos a lo largo de los últimos siglos ha merecido reglas que, si la conducta dejaba vestigios, implicaban la realización de un peritaje a cargo de personas con profundos conocimientos en el campo específico del saber (científico, técnico o artístico).

En este contexto, incluso durante las dictaduras (el fascismo italiano y el Estado Nuevo brasileño 1937-1945), los códigos de procedimiento penal de los años treinta y cuarenta de Italia y Brasil reservaron a los *peritos* la tarea de constatar el cuerpo del delito. Hélio Tornaghi, jurista brasileño, recordaba que el examen del cuerpo del delito «no es más que un peritaje, el principal, el más importante de todos los peritajes»<sup>9</sup>.

A su vez, Manzini, a la luz del código de procedimiento penal italiano de 1930, señalaba que, puesto que el peritaje tenía «carácter jurídico», se le encarga a expertos imparciales y no se confundía con la valoración del elemento probatorio que realizaban los investigadores, abogados, fiscales y jueces, de forma que encontraba, en el procedimiento penal, su lugar por excelencia<sup>10</sup>. El carácter técnico no diferencia el peritaje de otra prueba –alertaba el jurista italiano–, sino la condición asumida en el contexto de la jurisdicción, condición que evidentemente considera el saber diferenciado del perito, aunque, también y con énfasis, su distancia de las hipótesis que surgen tras la noticia del delito (imparcialidad)<sup>11</sup>.

9 Tornaghi, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P. 276.

10 Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III – Los Actos del Proceso Penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003. P. 379, 380, 381, 383 y 399.

11 Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal*

El Derecho brasileño contempla la determinación del cuerpo del delito mediante peritaje, en los casos en los que la conducta deja vestigios. Ya era así a la luz de las reglas originales del código de procedimiento penal de 1941, lo que no generó controversia tras la minirreforma del procedimiento penal que, en 2008, introdujo la Ley 11.690.

Entre las alternativas posibles –sistema de peritaje de parte y sistema oficial de peritaje– el procedimiento penal brasileño optó por la segunda y la perfeccionó, a fin de facultar a los interesados (durante la investigación penal) y a las partes (a lo largo del proceso) a nombrar asistentes técnicos.

El modelo de pericia oficial cumplirá una función de garantía fundamental en el contexto de la prueba digital, aunque es imprescindible rematar que la cadena de custodia de los elementos probatorios es una consecuencia inevitable y obligatoria del modelo elegido, porque la etapa previa de acierto del hecho depende de la seguridad en la conservación de los vestigios.

Volviendo sobre el ejemplo del homicidio, si es imprescindible verificar la causa de la muerte de la víctima, aún es más importante saber, incluso antes, si el cadáver examinado es el de la víctima del caso investigado.

Es obvio que si se está investigando a Juan como sospechoso de haber matado a José y el cadáver examinado no es el de José, sino el de otra persona (una mujer, un niño o un anciano), no se puede admitir como prueba el informe del examen del cuerpo del delito, no se debe aportar a los autos y, si se hiciera por descuido, deberá retirarse y su valoración, prohibida.

*Penal*. Tomo III – Los Actos del Proceso Penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003. P. 378 y 379.



Violada la cadena de custodia del elemento probatorio, ya no se puede asegurar ni la autenticidad ni la integridad de la prueba, de modo que esta será inadmisibles y, por consiguiente, no podrá analizarse su peso o fuerza probatoria.

Esto es lo que sucede en el ejemplo anterior, así como en el supuesto de violación de la cadena de custodia de armas, drogas o cualesquiera otros vestigios, incluidos los elementos digitales, elementos probatorios que no pueden ser objeto de valoración ni siquiera como elementos para corroborar otras pruebas. Son actividades probatorias funcionalmente distintas e inconfundibles.

Retomar las lecciones de João Mendes de Almeida Junior, en el derecho brasileño, sobre la amplitud del objeto que caracteriza el *cuerpo del delito* realmente nos ayudará a comprender el tema<sup>12</sup>.

No hay duda de que la cadena de custodia es una condición de procedibilidad del examen del cuerpo del delito. Por ello, en Brasil, esta institución se regula en el artículo 158-A-F CPP, que modificó la Ley núm. 13.964/2019.

**III.** El valor de la cadena de custodia aumenta sensiblemente cuando el elemento probatorio es de naturaleza digital. De este modo, si manuales, guías de procedimiento, actos normativos de todo tipo, estatales y supraestatales, hacen hincapié, en general, en el papel que la cadena de custodia desempeña para asegurar la integridad y la autenticidad de la prueba digital, es un hecho que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y cortes de derechos humanos reconocen a la cadena

de custodia de la prueba digital funciones aún más relevantes.

En efecto, refiriéndose a dos sentencias paradigmáticas del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 27 de febrero de 2008<sup>13</sup> y de 20 de abril de 2016<sup>14</sup>, respectivamente, Wolfgang Hoffmann-Riem llama la atención sobre el reconocimiento de que la tutela de la autodeterminación informativa fue superada en el sentido de la protección constitucional especial de los sistemas de tecnología de información y comunicación<sup>15</sup>.

Wolfgang Hoffmann-Riem alude al derecho fundamental independiente dirigido a asegurar la confidencialidad y la integridad de los sistemas de tecnología de la información.

Así, la sentencia de febrero de 2008 del Tribunal Constitucional Federal alemán, reconoció, de forma expresa: «1. El derecho general de la personalidad (artículo 2.1 en concordancia con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz - GG*)) abarca el derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas de tecnología de la información»<sup>16</sup>.

13 Alemania. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán). BVerfGE 120, 274. 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07. Sentencia. Fecha: 27 de febrero de 2008. Versión en inglés disponible en: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227_1bvr037007en.html). Consultado el 14 de enero de 2021.

14 Alemania. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán). BVerfGE 141, 220. 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09. Sentencia. Fecha: 20 de abril de 2016. Versión en inglés disponible en: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420\\_1bvr096609en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html). Consultado el 19 de enero de 2021.

15 Hoffmann-Riem, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*. Transformação digital. Desafios para o direito. Trad. de Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 49.

16 Traducción libre de la versión en inglés. ALEMANIA. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán). BVerfGE 120, 274. 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07. Sentencia. Fecha: 27 de febrero de 2008. Resumen. Versión en inglés disponible en: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227_1bvr037007en.html). Consultado el 14 de enero de 2021.

12 Almeida Junior, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume II. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 3.ª edición, 1920. P. 9-11 y 16, que menciona, en el ámbito de la acción penal, la necesidad de examinar el cuerpo del delito en los delitos que dejan vestigios.

La tutela de la confidencialidad y la garantía de la integridad de los sistemas de tecnología de la información también son funciones destacadas de la cadena de custodia de la prueba digital, junto con la verificación de la autenticidad y la integridad de la información (dato digital) que se pretende que sirva de elemento probatorio. Ello sin perder de vista el derecho a la protección del entorno digital, la identidad digital, el domicilio digital y, como es obvio, la privacidad asociada al derecho a decidir qué hacer público o no con relación a la esfera de la vida de la persona<sup>17</sup>.

En este sentido, se entiende la inmensa preocupación de la legislación y la doctrina, internacional, con el mantenimiento de la cadena de custodia de la prueba digital, de modo que esta se rechaza cuando se demuestra su violación.

Aquí también conviene ser didáctico. En efecto, es imprescindible saber que la *e-evidence*, prueba electrónica o prueba digital se caracteriza por ser «cualquier clase de información (datos) que se haya producido, almacenado o transmitido por medios electrónicos»<sup>18</sup>.

El surgimiento casi a diario de nuevas tecnologías de este género desanima la elaboración de una taxonomía de las «pruebas digitales», como, por ejemplo, la que aparece con la denominación de «activos de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)» en los artículos 3 y 4 de la Orden núm. 242, de 10 de noviembre de 2020, del Consejo Nacional de

Justicia brasileño (CNJ), que crea el Comité de Seguridad Cibernética del Poder Judicial en Brasil.

De todas formas, dada la digitalización de la vida, en todas sus facetas, cabe intentar una cierta sistematización a partir de las fuentes de la prueba digital, que revela, desde la mera exposición, el grado de dificultad que implica la tarea de mantener la integridad del elemento probatorio digital y verificar su autenticidad, además de determinar el cuidado extremo que debe tenerse, habida cuenta de los riesgos concretos de manipulación y alteración de los datos<sup>19</sup>.

De este modo, según Joaquín Delgado Martín, tenemos la información digital disponible: a) en las redes sociales y páginas de internet; b) en dispositivos electrónicos; c) almacenada en proveedores de servicios<sup>20</sup>.

Los datos además pueden estar *en la nube (in the cloud)*, en sistemas privados, públicos, híbridos, móviles y comunitarios<sup>21</sup>, alimentados en redes abiertas o ce-

19 Para ilustrar, una vez más, Ahmed y Roussev destacan las dificultades inherentes al peritaje frente a las nuevas tecnologías: «La criminalística digital es fundamentalmente reactiva por naturaleza, no podemos investigar sistemas y artefactos que no existen; no podemos tener mejores prácticas antes de un período experimental durante el que se experimentan, prueban (judicialmente) y validan diferentes planteamientos técnicos. Esto significa que siempre hay un atraso entre la introducción de un objeto de la tecnología de la información y el tiempo en el que se implementa una capacidad forense equivalente adecuada. La evolución de la infraestructura de las tecnologías de la información se ve impulsada por la economía y la tecnología; el examen forense solo identifica y sigue los rastros digitales que se dejaron atrás» (Traducción libre del original). Ahmed, Irfan; Roussev, Vassil. *Analysis of Cloud Digital Evidence*. In: Chen, Lei; Takabi, Hassan; Le-Khac, Nhien-An (ed.). *Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud*. Hoboken, Singapur: John Wiley & Sons, 2019. P. 302.

20 Delgado Martín, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia: Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. P. 55 y 56.

21 Delgado Martín, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia: Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. P. 55.

17 Prado, Geraldo. Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal. *Site Geraldo Prado*, 18 de agosto de 2020. Disponible en: <https://geraldoprado.com.br/artigos/notas-sobre-protECAo-de-dados-prova-digital-e-o-devido-processo-penal/>. Consultado el 19 de enero de 2021.

18 Delgado Martín, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia: Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. P. 55.

rradas que, cada vez con mayor frecuencia, se caracterizan por la ubicuidad.

Con ello, por ejemplo, la incautación de ordenadores por sí sola no garantiza la integridad de la información ni la autenticidad de la fuente de prueba, estas sujetas a la adopción de métodos que consideran algoritmos codificados destinados a retener y conservar los datos (copias espejo y lógica y cálculo de la función HASH)<sup>22</sup>.

Se añaden, al arsenal de investigación, las tecnologías de acceso remoto y el dominio o no, por las autoridades investigadoras, de las claves de acceso a los repositorios de datos y se comprenderá la obligatoriedad de adoptar métodos para el mantenimiento de la cadena de custodia de la prueba digital en las guías e itinerarios de investigación digital.

Como se subrayó en el *Mobile Forensic Investigations*, cuando la prueba se encuentra almacenada en dispositivos móviles coinciden dos cadenas de custodia diferentes: una sobre el equipo y otra sobre los datos que contiene el equipo<sup>23</sup>.

La declaración de incautación, análisis y presentación de la prueba electrónica extraída de un dispositivo móvil acentúa el carácter de extrema importancia de la cadena de custodia<sup>24</sup>.

22 Fernández Martínez, Juan Carlos. Especialidades de la prueba cuando, esta, es tecnológica. In: Ortega Burgos, Enrique. *Actualidad: Nuevas Tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. P. 336/337.

23 «Cuando se trata de pruebas electrónicas de un dispositivo móvil, existen dos cadenas de custodia diferentes: una para el dispositivo físico y otra para los datos recogidos en el dispositivo» (traducción libre del original). Reiber, Lee. *Mobile forensic investigations: A Guide to Evidence Collection, Analysis, and Presentation*. Nueva York: McGraw-Hill Education, 2.ª edición, 2018. P. 84.

24 «Nota: establecer una cadena de custodia es uno de los detalles más importantes en relación con las pruebas recogidas en el lugar. Es extremadamente importante en los casos en los que la prueba la encuentra en el lugar una persona, que se la entrega a otra, que lleva el dispositivo a la persona que realizará la extracción de los datos. Como se ha descrito, sin documentación, sería muy difícil mantener la cadena de custodia. Si la documentación no se registra

Valga reiterar que el rápido aumento de los dispositivos y los programas empleados en el ámbito de las TIC genera dificultades prácticas, que hacen que la pericia sea hoy en día esencialmente reactiva, como señalaron Ahmed y Roussev<sup>25</sup>, pero que no impide aplicar metodologías internacionalmente consagradas, dirigidas al mantenimiento de la prueba electrónica<sup>26</sup>.

Lo que ahora hay que entender es, sobre todo, que la cadena de custodia de las pruebas digitales es una garantía de naturaleza constitucional y no una mera consecuencia lógica del sistema de conservación del *cuerpo del delito digital*.

**IV.** Mediante la cadena de custodia de las pruebas digitales se tutelan los derechos fundamentales a la confidencialidad y la garantía de la integridad de los sistemas de tecnología de la información, a la protección del entorno digital, la identidad digital, el domicilio digital y, como es ob-

correctamente, no hay duda de que se cuestionará todo el proceso y la admisión de las pruebas» (traducción libre del original). Reiber, Lee. *Mobile forensic investigations: A Guide to Evidence Collection, Analysis, and Presentation*. Nueva York: McGraw-Hill Education, 2.ª ed., 2018. P. 101.

25 El original: «Digital Forensics is the process of reconstructing the relevant sequence of events that have led to the currently observable state of a target IT system or (digital) artefacts». Ahmed, Irfan; Roussev, Vassil. *Analysis of Cloud Digital Evidence*. In Chen, Lei; Takabi, Hassan; Le-Khac, Nhien-An (ed.). *Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud*. Hoboken, Singapur: John Wiley & Sons, 2019. P. 301.

26 International Organization for Standardization. ISO/IEC 27037:2012. Information technology – Security techniques – Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence. Norma técnica. Publicada en octubre de 2012. Revisada y confirmada en 2018. Versión en vigor. Disponible para su adquisición en: <https://www.iso.org/standard/44381.html>. Consultado el 20 de enero de 2021; Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Identifica a: ISO/IEC 27037:2012. Norma técnica. Publicada el 9 de diciembre de 2013. Confirmada el 26 de noviembre de 2018. Versión en vigor. Disponible para su adquisición en: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273>. Consultado el 20 de enero de 2021.

vio, a la privacidad vinculada al derecho de decidir que hacer público o no con relación a esa esfera de la vida.

Precisamente, al tratarse de la tutela de información sensible, la protección de la integridad de los sistemas de tecnología de la información, por parte del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, en el contexto de la propuesta de creación del Comité de Seguridad Cibernética del Poder Judicial, pone de manifiesto que se dispense idéntica protección a todas las personas. La «seguridad cibernética» también es un nuevo derecho fundamental, oponible verticalmente al Estado y horizontalmente a las personas de derecho privado.

El carácter sensible del dato que puede servir de elemento probatorio electrónico y la multifuncionalidad de los datos y los dispositivos digitales que, dada la convergencia de tecnologías, pueden hacer que los dispositivos digitales contengan, al mismo tiempo, información de interés para la investigación penal e información de otra naturaleza, perteneciente al ámbito privado constitucionalmente garantizado del investigado, imponen medidas complementarias para el mantenimiento de la cadena de custodia de la prueba digital, que se caracterizan por su grado de complejidad y la relevancia normativa de la tutela de la cadena de custodia ordinaria.

Por esta razón, la sentencia de 20 de abril de 2016, del Tribunal Constitucional Federal alemán, optó por adoptar garantías para la recogida y la selección de los datos y prescindir para esa tarea de las entidades privadas y del propio investigador.

Valga reproducir el interesante fragmento del fallo que en rigor reconoce el carácter manipulable de la información digital y su posible uso irregular en la investigación penal, impidiendo esa irregularidad mediante la participación de un organismo

público encargado de seleccionar los datos. Este es el fragmento:

«Aunque no se puedan filtrar los datos relevantes para el objeto central antes o durante su recogida, se permite el acceso al sistema de tecnología de la información, pese a que también se puedan recoger de forma incidental datos extremadamente personales. A este respecto, el legislador debe tener en cuenta la necesidad de proteger a la persona en cuestión, creando garantías para el análisis y el uso y minimizando los efectos de ese acceso. Se da una importancia decisiva a la selección de la información por parte de un organismo independiente, que filtre la información relevante para el objeto central antes de ponerla a disposición y uso de la Policía Judicial Federal (cf. BVerfGE 120, 274 <338 y 339>)<sup>27</sup> (sin negrita en el original).

Por tanto, del carácter constitucional que asume la protección de la cadena de custodia de la prueba digital deriva, no solo la obligatoriedad del peritaje oficial, independiente e imparcial también con respecto a la investigación penal misma, a la acusación y la defensa, sino también la prohibición absoluta de delegar en entidades privadas la tarea de examinar el cuerpo del delito. La actuación de las partes y los interesados deberá, necesariamente, ser complementaria, como refuerzo durante la fase de contradicción.

La protección de la información digital es de tal modo tutela reforzada del Estado de derecho, por la multifuncionalidad de los datos y los dispositivos digitales en un contexto *on life*, es decir, de la vida digi-

<sup>27</sup> Traducción libre del original en inglés. Alemania. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán). BVerfGE 141, 220. 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09. Sentencia. Fecha: 20 de abril de 2016. Párrafo núm. 220. Versión en inglés disponible en: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420\\_1bvr096609en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html). Consultado el 19 de enero de 2021.

tal, que la Constitución dirige al legislador ordinario un mandato de regulación que específicamente se refiere a la seguridad pública y la responsabilidad penal.

Este es el contexto de la Ley brasileña 13.709, de 14 de agosto de 2018, general de protección de datos (LGPD)<sup>28</sup>.

En este sentido, los artículos 3 y 4 de la LGPD prohíben el tratamiento de los datos relativos a la seguridad pública, la defensa nacional, la seguridad del Estado o actividades de investigación y represión de infracciones penales por personas de derecho privado, salvo en procedimientos que se desarrollen bajo la tutela de una persona jurídica de derecho público.

La realidad es que la prueba digital requiere la existencia de unos principios cuyo carácter imperativo es imprescindible para defender la dignidad humana. La prueba digital es central, decisiva para el esclarecimiento de las infracciones penales, indispensable para la defensa de la democracia frente a los ataques del poder económico y el poder político.

Para cumplir correctamente estas tareas, la prueba digital también debe asegurar transparencia, control, proporcionalidad y condiciones concretas de realización de una efectiva contradicción digital.

Con este propósito, un grupo de juristas sugirió a la Comisión Especial de la mencionada Cámara de los Diputados para la elaboración del nuevo código de procedimiento penal brasileño la adopción de una disposición que contemplara algunos de estos principios<sup>29</sup>.

**V.** Con relación a los datos digitales, el mantenimiento de la cadena de custodia de la prueba es una de las técnicas de certificación de los elementos aportados, de modo que deberá responder a las cuestiones relativas a la «integridad» (¿el documento u objeto aportado como prueba está igual que como se adquirió en un primer momento?), la «expoliación» (¿se han producido modificaciones deliberadas en el documento u objeto durante su manipulación o análisis o la evidencia fue potencialmente destruida en anticipación a una investigación?) y la «volatilidad» (¿el documento u objeto es susceptible de cambio como consecuencia de factores mecánicos, ambientales o por el paso del tiempo?)<sup>30</sup>.

Al tratar específicamente de la cadena de custodia de datos digitales, Jacob Heilik destaca la necesidad de autenticar y demostrar el origen de los referidos datos<sup>31</sup>.

A este tema también se refiere Michele Taruffo, con relación al procedimiento civil, en el que no está en juego la libertad del acusado<sup>32</sup>.

A título ejemplificativo, la *Electronic Evidence Guide – A basic guide for police officers, prosecutors and judges*, publicada por el Consejo de Europa, prevé la documentación de toda la fase de recogida de las pruebas electrónicas, incluyendo, por ejemplo, la documentación de la escena del lugar donde se recogen las pruebas, todos los equipos encontrados (marca, modelo y número de serie), la condición y ubicación de cada sistema que contiene pruebas electrónicas, incluida la situación

28 Brasil. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

29 Morais, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; et al. *Novo Código Processual Penal: sugestões do Grupo de Trabalho de apoio à Comissão Especial do Código*. Brasília, 2020. P. 8-9.

30 Heilik, Jacob. *Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner's Guide*. Canadá: Independently published, 2019. p. 15-16.

31 Heilik, Jacob. *Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner's Guide*. Canadá: Independently published, 2019. P. 16-17.

32 Taruffo, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 83-84.

en la que se encontraba (encendido, apagado o hibernando), sobre las personas que se encontraban en el lugar, todas las personas que usaron el sistema informático en cuestión y todas las acciones llevadas a cabo en el lugar, indicando la acción realizada y la hora exacta<sup>33</sup>.

La exigencia de que se documente de forma detallada, precisa y rigurosa toda la fase de recogida de la prueba electrónica la exigen otros organismos internacionales, como la *Association of Chief Police Officers* (ACPO), el *National Institute of Standards and Technology* (NIST) y el *Internet Engineering Task Force* (IETF)<sup>34</sup>.

A su vez, Juan Carlos Fernández Martínez explica que la obtención del cálculo del código *hash* implica el uso de programas como Fkltmager, Encase y otros, que copian la información *bit a bit* o hacen una copia selectiva, denominada copia lógica<sup>35</sup>.

Ya tuve la oportunidad de describir los cuidados necesarios para mantener la cadena de custodia de las pruebas digitales,

así como las precauciones pertinentes a la denominada búsqueda *on line*<sup>36</sup>.

En rigor no sería necesario subrayar que la naturaleza constitucional de los intereses protegidos configura un límite *a priori* para la búsqueda e incautación de dispositivos digitales y de archivos y programas digitales en cualquier formato, aunque se trate de búsqueda *on line*.

La banalización de la incautación de ordenadores, como no hace tanto sucedió con la intervención de las comunicaciones telefónicas, ha generado un auténtico espectáculo de ilegalidades rudimentarias y elementales y de actuaciones inconstitucionales, inadmisibles en el contexto de un conocimiento jurídico básico.

Estas acciones ilegales van desde la incautación innecesaria del *hardware*, cuando lo jurídicamente válido hubiera sido que el perito que ejecuta la medida examinara el dispositivo en el lugar y proceder a efectuar una copia adecuada (lógica o espejo) solo de los archivos de interés para la investigación, hasta la entrega inapropiada de los dispositivos a personas naturales o jurídicas de derecho privado. La falta de uso inmediato de las técnicas certificadas para el cálculo *hash*, como ya hemos mencionado<sup>37</sup>, la falta de identificación de la exis-

33 Consejo de Europa. *Electronic Evidence Guide – A basic guide for police officers, prosecutors and judges*. Cybercrime Division. Directorate General of Human Rights and Rule of Law. Strasbourg, France. Fecha: 6 de marzo de 2020. Disponible en: <https://rm.coe.int/c-proc-electronic-evidence-guide-2-1-en-june-2020-web2/16809ed4b4>. Consultado el 20 de agosto de 2020. P. 41-44.

34 ACPO. *Good Practice Guide for Digital Evidence*. Association of Chief Police Officers of England, Wales & Northern Ireland. Fecha: marzo de 2012. Disponible en: <http://library.college.police.uk/docs/acpo/digital-evidence-2012.pdf>. Consultado el 20 de agosto de 2020. P. 6-7; NIST. *Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response*. Karen Kent, Suzanne Chevalier, Tim Grance y Hung Dang. Special Publication 900-86. Fecha: agosto de 2006. Disponible en: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-86.pdf>. Consultado el 20 de agosto de 2020. P. 3-4/3-5; IETF. *Guidelines for Evidence Collection and Archiving* (RFC 3227). Fecha: febrero de 2002. Disponible en: <https://tools.ietf.org/html/rfc3227>. Consultado el 20 de agosto de 2020. P. 5.

35 Fernández Martínez, Juan Carlos. Especialidades de la prueba cuando, esta, es tecnológica. In: Ortega Burgos, Enrique (dir.). *Actualidad: Nuevas Tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. P. 336.

36 Prado, Geraldo. *La Cadena de Custodia de la Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2019. P. 146-149.

37 International Organization for Standardization. ISO/IEC 27037:2012. Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence. Norma técnica. Publicada en octubre de 2012. Revisada y confirmada en 2018. Versión en vigor. Disponible para su adquisición en: <https://www.iso.org/standard/44381.html>. Consultado el 20 de enero de 2021; Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Identifica a: ISO/IEC 27037:2012. Norma técnica. Publicada el 9 de diciembre de 2013. Confirmada el 26 de noviembre de 2018. Versión en vigor. Disponible para su adquisición en: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273>. Consultado el 20 de enero de 2021.

tencia de red abierta o cerrada para evitar una manipulación a distancia, así como la manipulación de dispositivos, *softwares* y archivos, bien directamente del ordenador o disco rígido incautado, bien en copias no precintadas electrónicamente (*hash*), vulnera el objeto (material o electrónico) incautado y lo sujeta a manipulaciones, supresiones, añadidos o modificaciones de contenido que, dadas las características propias de los elementos digitales, hacen que el elemento probatorio sea inservible.

Tampoco ha sido excepcional el acceso directo de las autoridades policiales, sus agentes y los fiscales a los archivos digitales sin que antes un organismo público independiente haya realizado el necesario filtrado de la información que realmente interesa a la acusación y de aquella que, por estar constitucionalmente protegida, no debe compartirse.

Al igual que en el ejemplo del homicidio, una vez realizadas estas acciones ya no será posible establecer de forma segura si el objeto de la prueba está íntegro y es auténtico, es decir, si es el cuerpo del delito o cualquier otra cosa, que, simulando ser el cuerpo del delito, falsea *a priori* el juicio previo sobre la existencia del hecho que, en teoría, se puede demostrar mediante la prueba digital.

Resulta pertinente la advertencia de Fernández Martínez, de que el primer paso para poder disponer procesalmente de una prueba digital es asegurar que no se cuestione ni su integridad ni su autenticidad, «ya que todos sabemos de la facilidad



Tarocchi, *Justice from the Tarocchi*, 1467

de su manipulación, así como de su volatilidad»<sup>38</sup>.

**VI.** Como afirmaba al principio, cuando se viola la cadena de custodia de la prueba digital se hace preceptiva la prohibición de valorar la prueba obtenida por esos medios. El cuerpo del delito se convierte en algo jurídicamente inservible a la luz del derecho fundamental a la integridad de los sistemas informáticos y el también derecho fundamental a la confidencialidad, principios constitucionales implícitos, al igual que el derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

38 Fernández Martínez, Juan Carlos. Especialidades de la prueba cuando, esta, es tecnológica. In: Ortega Burgos, Enrique. *Actualidad: Nuevas Tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. P. 333.

# El proceso penal «en acción»: el control de las pruebas declarativas en la apelación penal

Yolanda RUEDA SORIANO

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 136/2022, ponente Javier Hernández García, que analiza el ámbito del recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, ha suscitado en el foro de la comisión penal de la asociación Judicial Jueces y juezas para la Democracia un interesantísimo debate sobre el alcance y límites de la segunda instancia penal.

La sentencia referida explica que, desde la reforma de 2015 que generaliza la segunda instancia, resulta imprescindible delimitar los respectivos contornos devolutivos para dotar de coherencia sistemática y funcional al sistema de recursos en el proceso penal. Por lo que se refiere al contenido del recurso de apelación, este varía esencialmente en atención al tipo de sentencia, absolutoria o condenatoria, contra la que se interpone, hasta el punto de poder afirmarse, sin riesgo a equívoco, que coexisten dos submodelos de apelación, con más diferencias que elementos comunes. En concreto, expone que cuando la apelación se interpone contra una sentencia de condena el tribunal *ad quem* dispone de plenas facultades revisoras. De esta forma, el efecto devolutivo transfiere la potestad de revisar, no sólo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del

juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado. Concluye que es este el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada, ya que esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia.

En esta resolución, se destaca la importante sentencia del Tribunal Constitucional 184/2013, que sale al paso de fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la Sentencia de dicho Tribunal 167/2002, señalando que *“el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter de novum iudicium, con el llama-*



do efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002, no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria”.

Todo ello supone, como así señala la sentencia que exponemos, concebir la intermediación como un medio o método de acceso a la información probatoria, que nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia, no blindando a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior.

Pues bien, esta sentencia ha suscitado un debate en la comisión penal de JpD sobre el alcance de la revisión en segunda

instancia de las sentencias condenatorias de condena y por extensión sobre el valor que nos merece la intermediación judicial en la valoración probatoria, en particular, tratándose de pruebas declarativas.

Para José Manuel de Paul Velasco<sup>1</sup> la conclusión afirmada en la sentencia del Tribunal Supremo de que la segunda instancia, tratándose de sentencias condenatorias, consiste en efectuar una segunda valoración de la prueba, minusvalora la importancia de la intermediación en la apreciación de la prueba, aspectos ambos (el funcional y el cognitivo) estrechamente relacionados. En su opinión, la importancia de la intermediación se patentiza, por un lado, en la colegialidad en la percepción y valoración de la prueba en los juicios celebrados ante la Audiencia Provincial en primera instancia, colegialidad que no puede garantizarse cuando el Tribunal Superior de Justicia resuelve la apelación, pues no es habitual que todos los miembros del Tribunal de apelación visualicen y analicen toda la prueba plenaria, sino tan solo el ponente. Por otra parte, la relevancia de la intermediación también se evidencia en la “concentración” o inmersión del tribunal de instancia en el espacio “dramático” del juicio y en una actitud perceptiva especial, que no puede garantizarse con el visionado de la grabación del juicio. En su opinión, por tanto, decidir que la Audiencia valoró mal la credibilidad de un acusado o un testigo sobre la base del visionado de la grabación del juicio carecería de las garantías “epistémicas” necesarias. En consecuencia, la apelación solamente sería una *revisio prioris instantiae* y no un *novum iudicium*, ya que ni la repetición de las pruebas personales en segunda instancia sería útil, ni la grabación puede

1 Magistrado Sala de Apelación Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

sustituir la percepción directa, como así ha afirmado el Tribunal Constitucional. Explica que el sistema de apelación asimétrica, inaugurado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 y plasmado en la Ley 41/2015, se basa precisamente en que no cabe sustituir la absolución por la condena sin intermediación en la percepción de la prueba. Por tanto, si la intermediación es irrelevante para revisar sentencias condenatorias debe serlo también “epistémicamente” para revisar las absolutorias y hay que buscar un fundamento distinto –el *non bis in ídem* procesal– para la casi absoluta inatacabilidad de estas por motivos probatorios. Considera que otorgar al órgano de apelación de facultades irrestringidas de valoración de la prueba implica un margen de arbitrariedad excesivo, aunque sea *pro reo*.

José Luis Ramírez Ortiz<sup>2</sup> considera que la intermediación no puede convertirse en un pretexto para blindar la valoración probatoria realizada en la instancia y hacerla inmune al control de apelación, que no es sino un mecanismo de prevención y corrección del error judicial. Explica que las pruebas declarativas (testigos, acusados y peritos) proporcionan información de dos tipos: verbal y extralingüística. La información verbal o semántica no ofrece ningún problema: la forma en que se maneja o racionaliza por el tribunal de instancia puede ser perfectamente controlada en apelación, pues el tribunal *ad quem* se encuentra en la misma posición que el tribunal *a quo* en este ámbito (con la única salvedad que, respecto de las sentencias absolutorias, impone la presunción de inocencia, que considera no es sólo un estándar probatorio sino también un criterio de valoración, aunque reconoce que

esta postura es discutible). Por otro lado, la información extraverbal es más problemática. Dejando a un lado su equivocidad (que el testigo sude o tiemble puede deberse a nervios escénicos, a la presión del falso testimonio, a un problema médico o a que esté siendo insincero), la información extraverbal aporta datos informativos y no criterios de valoración. La intermediación no es un método que garantice el buen conocimiento, sino un medio de relacionarse con la prueba, que permite una relación directa con la fuente de prueba original y facilita la valoración, pero no la resuelve, porque la calidad del resultado dependerá de la calidad de su uso. Por tanto, concluye, si la información extralingüística sólo aporta datos, el juez de instancia tendrá que construir el razonamiento probatorio y explicitar la inferencia empleada para pasar del medio de prueba (la declaración) al dato probatorio (la información). Es cierto que el dato probatorio (por ejemplo, el nerviosismo del testigo) no puede ser percibido por el tribunal de apelación. Pero la corrección de la inferencia realizada por el tribunal de instancia a raíz de dicho dato probatorio sí puede ser revisada.

Tanto José Manuel como José Luis coinciden en el hecho de que la intermediación no puede servir ni utilizarse como refugio dialéctico para eludir la necesaria y obligada motivación probatoria en primera instancia y en la revisión de esa motivación en la apelación. Esta última revisión ha de ser exhaustiva y ha de dar respuesta razonada a todas y cada una de las objeciones que sobre la valoración de la prueba por el tribunal *a quo* contenga el recurso, por muy de detalle que sean o por muy intrascendentes que nos parezcan; y esa revisión implica confrontar todas las informaciones probatorias que vengan al caso.

A partir de este punto común, José Manuel de Paul Velasco considera que el

<sup>2</sup> Magistrado Sección 6ª Audiencia Provincial de Barcelona.

tribunal *a quo* no puede sustituir sin más el juicio de credibilidad de una declaración que efectuó la Audiencia por el propio del Tribunal de Apelación, si no puede señalarse con claridad objetiva en qué estriba el error que cometió la primera en ese juicio, explicando que la valoración de pruebas personales no siempre puede ser reducida por completo a máximas de experiencia, a parámetros objetivos y racionales, y que por tanto puede haber un margen subjetivo en la apreciación de la credibilidad de testigos, y que siempre que la motivación del juez o tribunal *a quo* sea racionalmente aceptable, aunque al órgano de apelación le parezca que hubiera sido mejor la conclusión contraria, no debe revocarla, salvo error claro y demostrable objetivamente. De lo contrario, es decir, si no se admitiera ese margen de subjetividad –siempre con una motivación racionalmente aceptable– deberíamos exigir en todo caso corroboraciones externas, lo que no es admisible ni desde el punto de vista político-criminal ni desde el estrictamente jurisdiccional. José Luis Ramírez Ortiz considera, por el contrario, que aunque en la valoración probatoria siempre haya una parte irreductible que escapa al control, debe exigirse una motivación racional ante el riesgo de incurrir en “intuitivismo”. Distingue así entre la credibilidad subjetiva del testigo y la fiabilidad de la información que proporciona, y que pese a que el testigo sea subjetivamente creíble, la información que suministra puede no ser fiable. A su entender, el único modo intersubjetivamente aceptable de testar la fiabilidad de tal información es contrastándola con informaciones provenientes de otros medios de prueba, como se hace en otros ámbitos en los que la verdad importa, como la medicina o el periodismo, donde es habitual, respectivamente, realizar varias pruebas para afinar la fiabilidad del diagnóstico o contrastar la

información que proviene de una fuente con otras fuentes informativas.

En un intento de aproximación de posturas, como señala José Manuel de Paul Velasco, tanto la labor de juzgar en primera instancia como la posterior de revisión, pueden ser rigurosas, sin negar a la primera un margen de irreductible subjetividad y sin convertir a la segunda en una nueva valoración de las pruebas personales en sí mismas. Tanto en primera como en segunda instancia hay aspectos de las pruebas personales que pueden y deben ser valorados y que no dependen de la intermediación, sino de las “reglas del criterio racional” a que se refiere el art. 717 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por ejemplo, el preguntarnos si obtiene el testigo alguna ganancia o ventaja con su declaración, si el lenguaje que emplea en su relato es congruente con su edad y su nivel cultural, si ofrece un relato lo suficientemente detallado, si repite una y otra vez las mismas palabras o en sucesivas declaraciones cambia palabras, modifica detalles y hasta reconoce haberse equivocado en alguno en las anteriores, si lo que cuenta es congruente con las leyes de la física y con máximas generales de experiencia, en los supuestos de testigo ocular, si sus condiciones personales y circunstanciales de observación eran buenas, regulares o pésimas, en los casos de abuso sexual infantil, cuál fue el contexto de la revelación inicial, por citar algunos ejemplos. Si la sentencia de primera instancia contiene una valoración de la prueba que no sea meramente formularia, sino suficientemente concreta, detallada y razonable, la tarea en segunda instancia es calibrar si esa valoración basta para demostrar la culpabilidad del acusado sin margen de duda razonable, no hacer nuestra propia valoración. Eso sí, en esa función revisora siempre deberemos contrastar la valoración de la sentencia con las críticas

concretas que contra ella dirija el recurso, y dar una respuesta a cada una de ellas.

Perfecto Andrés Ibáñez<sup>3</sup> explica que para que el proceso penal no sea un mero burocrático ritual de castigo, deberá estar en condiciones de operar como el eficiente instrumento de obtención de un saber empírico de calidad, siempre respetando, obviamente, los derechos fundamentales de los afectados. Esto implica necesariamente que quienes lo gestionan, además de como juristas que cuiden este segundo aspecto, están obligados a actuar como operadores racionales en la práctica de la inducción probatoria, en todos los planos y momentos del curso procesal. O sea, tanto en la primera como en las posteriores instancias. En la perspectiva de la cuestión de hecho, esto exige, en aquella, una aproximación no distorsionadora a los datos ofrecidos por las pruebas, una valoración equilibrada de lo que aporten y la eficaz justificación de tal apreciación y, con ello, de la decisión. Después, cuando se trate del examen de esta en vía de recurso, el único modo de proceder con rigor cognoscitivo consistirá en llevar a cabo *un juicio sobre el juicio* del juez *a quo*. Esto es, sobre su modo de operar en la obtención de los datos probatorios, sobre el tratamiento particularizado y de conjunto de estos, y sobre el obligado ejercicio de justificación. Tal y no otra puede ser, desde el punto de vista epistémico, la manera de obrar: cuando lo perseguido es una correcta verificación del método de trabajo y del rigor de la conclusión de ese primer momento del enjuiciamiento. Por eso, afirmaciones como la que exalta irresponsablemente la arrolladora “soberanía del juzgador de instancia”, llamada a prevalecer en ulteriores momentos procesales; o la no menos manida de que lo único permitido al

juez *ad quem* es evaluar la racionalidad del primer juicio, desde fuera y sin entrar en valoraciones de contenido, no pueden ser más inconsistentes, más falaces ni más peligrosas. Lo primero, por el sinsentido de la postulación de ese juez investido de semejante rancio atributo, que ya no se le reconoce ni siquiera al gobernante democrático, por falta de encaje en el marco del estado constitucional. Lo segundo, porque –en contra de lo que tediosamente repite una jurisprudencia mostrenca–, lo propio del juicio en caso de impugnación no es verificar *si existió* prueba, sino si la existente *probó de manera efectiva y con suficiencia* en el caso concreto. Comprobación que solo podrá hacerse mediante un nuevo ejercicio valorativo, dotado de la correspondiente justificación. Por lo demás, perfectamente realizable a partir de una documentación de los auténticos *elementos de juicio*, entre los que, obviamente, no se encuentran los que, cursando por vía subliminal, van directamente al subconsciente del juez sumido en esa especie de trance que, al parecer, propiciaría el tópico sentido de la inmediatez. Y, claro está, cuando haya buenas razones *probatorias* para hacerlo, la convicción racional fruto del nuevo juicio, tendrá que sustituir a la precedente, infundada. Pues, de otro modo, ¿para qué el régimen de instancias?

Continúa explicando que la inmediatez no ha perseguido ni propiciado el buen conocimiento judicial sino el blindaje de la subjetividad de un juez iluminado, y la absolutización de su poder. Con el resultado de una irracional *evaluación* de la prueba y de la consiguiente endémica denegación de una justicia de calidad. Para el mejor ejemplo, piénsese en una jurisprudencia como la de la Sala Segunda con su negativa a entrar en el examen de las cuestiones probatorias, en un marco procesal sin apelación para las sentencias condenatorias por los

<sup>3</sup> Magistrado jubilado del Tribunal Supremo.

delitos de mayor gravedad, y no obstante la existencia de un motivo de recurso por vulneración del principio de presunción de inocencia. O, en general, en la entrega del juicio de hecho a la incondicionada “libérrima y soberana facultad de apreciación” (Luzón Peña) de ese juzgador endiosado y eximido del deber de dar cuenta de lo nuclear del porqué de sus decisiones. Por eso, es un tema de racionalidad o irracionalidad. La intermediación es una técnica, un instrumento, que, bien utilizado, servirá en la instancia para facilitar al juzgador la relación directa con las fuentes personales de prueba y la posibilidad de promover una ordenada interlocución contradictoria que potencie su rendimiento. Pero tiene un riesgo cuya materialización ha sido y sigue siendo en buena medida una constante. Esto debido a la asunción acrítica de la idea de que el juez (sin duda, por razón de carisma) estaría habilitado para leer de igual modo en las claves verbal y visual en las que se expresan imputados y testigos. Que, es cierto, emiten asimismo en esta última, pues, como escribiera Neruda, “se hace lenguaje hasta la cabellera...”. El problema es que, mientras el verbo transmite datos susceptibles de contrastación, la gestualidad solo permite abrigar *impresiones*, estados psicológicos, esto es, cosas que *le pasan* a esa suerte de juzgador-polígrafo, incapacitado para racionalizarlas y controlarlas. Y que, por eso, solo pueden teñir de fatal irracionalidad las resoluciones que las alberguen. Que serán, en este punto, inmotivables por naturaleza y también irrecurribles, aun cuando formalmente tengan franco el acceso a un recurso.

Cuando una sentencia inculpatória no pueda fundarse en elementos de juicio suficientemente identificados y objetivables en la *ratio* de la decisión, y tenga como soporte un cierto *juicio* inexpresable acerca, por ejemplo, de la credibilidad de un

testigo, estaremos, como tantísimas veces, pura y simplemente ante el acto de fe de un juez oracular. Con la particularidad de que este modo de proceder no solo se traducirá en decisiones de patente falta de calidad epistémica, sino también en la inducción de actitudes perezosas en el plano de la investigación, a las que tantas veces debe la ausencia de elementos de corroboración, que seguramente no habrían faltado en otro supuesto. Para un relevante sector de la psicología forense y del testimonio (entre tantos, De Cataldo Neuburger y Alonso Quecuty), es una verdad adquirida, con buena base experimental, que la falta a la verdad se descubre mejor estando únicamente al discurso del hablante. Prescindiendo, por tanto, de una imagen que sugiere subliminalmente y confunde sin informar. Esto es algo que debería llevar a los juzgadores a ser especialmente cautos con tan peligrosa dimensión expresiva de las fuentes de prueba personales. Y, tratándose de los de segunda instancia, también a la conclusión de que, por eso, propicia mejor calidad de conocimiento un acta literal que una videograbación. Y a la convicción de que *pruebas*, como madres, no hay más que una. Por eso, ninguna tan inútil como la celebrada *de nuevo* en la vista del recurso, a partir de una fuente ya prevenida de todas las prevenciones; en la peregrina idea de que las pruebas personales son susceptibles de reiteración con un mínimo de genuinidad ante otro tribunal. Digan lo que digan el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, con su *revival* del más viejo concepto de intermediación, le están prestando un mal servicio a la epistemología del juicio.

Mario Pestana Pérez<sup>4</sup> llama la atención sobre la confusión que existe entre el ám-

<sup>4</sup> Magistrado Sección 4ª Audiencia Provincial de Madrid.

bito revisor de la segunda instancia penal en relación con la valoración de la prueba –respecto a las sentencias condenatorias– y el más limitado del recurso de casación, así como también con el recurso de amparo. Y que, en su opinión, el tema de los límites de la revisión en segunda instancia de las sentencias absolutorias cuando se trata de valorar pruebas personales no está basado tanto en la garantía de la inmediación como en el respeto del derecho de defensa. Lo que implica en la revisión de sentencias de condena, que si al órgano de apelación le resultan insuficientes las pruebas para condenar, debe absolver y que si duda allí donde el juez *a quo* no encontró motivos para hacerlo, debe absolver, operando en la segunda instancia el *in dubio pro reo* pese a que el juez o jueces *a quo* hayan alcanzado su convicción de culpabilidad racionalmente.

Pepe Grau Gassó<sup>5</sup> considera que la diferencia es más teórica que práctica ya que en muchas ocasiones se utilizan modelos de resolución que invocan el mantra de que el tribunal de segunda instancia debe respetar las consecuencias que se derivan del principio de inmediación, estando por tanto muy limitado a la hora de volver a valorar la prueba practicada en el acto del juicio, y sin embargo, cuando consideran que la sentencia impugnada no ha valorado correctamente la prueba, esos mismos tribunales no tienen ningún problema en estimar el recurso y dejar sin efecto la condena.

Carlos Javier Álvarez<sup>6</sup> resalta la importancia, por las consecuencias que produce, de la postura que se adopte en relación con las facultades del órgano de apelación. Y que es preocupante el tema relativo a la apelación de la sentencias absolu-

torias cuando el motivo de impugnación se centra en el error en la valoración de la prueba, con las implicaciones que se deducen de la nueva regulación del recurso (imposibilidad de revocar y condenar o agravar la condena) y de la introducción en ella de conceptos tan indeterminados como “*insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia*” como establece el artículo 790.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que indudablemente suponen hacer una nueva valoración de las pruebas desplegadas en la primera instancia, siendo tremendamente dificultoso ocultar la discrepancia con la absolución impugnada. Asimismo, es preocupante, por las consecuencias que produce de cara a la imparcialidad, el aspecto relativo a la posible anulación, afecte o no solo a la sentencia recurrida o también al juicio con repetición del mismo, en los casos por ejemplo en los que se anula el juicio, se repite y se vuelve a absolver, con nueva apelación de la que, en Tribunales Superiores de Justicia pequeños sin Sala de Apelación, vuelve a conocer el mismo tribunal de apelación.

Por último, también se introdujo para su reflexión un tema muy interesante como es el de los diferentes estándares probatorios que se aplican en función del tipo de procedimiento. Al respecto, José Luis Ramírez Ortiz señaló que sobre este particular existe una patente disociación entre lo normativo y lo fáctico, y que, en la práctica, los estándares de suficiencia probatoria en la sentencia penal varían en función de las consecuencias jurídicas de la decisión, aun cuando la Lecrim los iguale. La motivación de las sentencias de instancia y el conjunto de elementos de prueba disponibles no suelen ser equivalentes en los juicios que se sustancian ante las Audiencias Provinciales, los Juzgados

<sup>5</sup> Magistrado Sección 7ª Audiencia Provincial de Barcelona.

<sup>6</sup> Magistrado Sala de Apelación Penal del Tribunal Superior de Castilla León.

Boudard Jean Baptiste, *Justicia divina*, 1759

de lo Penal y los Juzgados de Instrucción. De esta forma, en los juicios por delito leve parece suficiente la declaración testifical, por ejemplo, del vigilante de seguridad de la tienda de ropa para condenar a la persona denunciada que no fue a juicio por hurto. En los juicios por delito contra la seguridad vial es suficiente, por ejemplo, la declaración de los agentes policiales que vieron al acusado conducir para afirmar que conducía, aunque el acusado aporte testigos que afirmen que él no conducía, sino un tercero. Pero, sin embargo, en los juicios de homicidio, lesiones graves, agresiones sexuales, donde la penalidad se dispara, nos volvemos más exigentes. Y, sin embargo, utilizamos los mismos esquemas conceptuales y argumentales y, sin excepción, destacamos en nuestras resoluciones lo importante que nos parece la presunción de inocencia. Sea cual sea el caso, considera que esta situación repercute sobre el tipo de control que podemos realizar

en la apelación y que no se pueden utilizar los mismos estándares para fiscalizar la valoración probatoria realizada en una sentencia dictada en un juicio por delito leve, que en una sentencia dictada por un Juzgado de lo Penal, que en otra dictada por la Audiencia Provincial, y que lo conveniente sería que la ley procesal contemplara estas diferencias. En esta misma línea, Carlos Javier Álvarez también destaca que observa que algunas Audiencias Provinciales no adoptan iguales precauciones en la valoración probatoria según de qué delito se trate, y que no es lo mismo la posición que se adopta en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que en delitos económicos. En los primeros, pivotando muchas veces en exclusiva sobre la declaración de la víctima, hay un gran porcentaje de condenas, mientras que, en los segundos, abundan más las absoluciones.

En cualquier caso, como recuerdan José Manuel de Paul Velasco y Carmen Martí-

nez Perza<sup>7</sup>, es esencial la formación judicial en psicología del testimonio. Hay que conjugar, por ejemplo, el transcurso del tiempo con el elemento del trauma y sus efectos en la memoria, así como su influencia en la toma de decisión de denunciar o no unos hechos violentos de los que se ha sido víctima, especialmente, en violencia sexual, o de hacerlo posteriormente una vez se ha podido digerir o medio superar dicho trauma. Estos procesos psicológicos de las víctimas han sido muy estudiados en psicología y, por lo general, sorprendentemente permanecen al margen de las valoraciones probatorias.

Pese a las diferencias, en ocasiones de matiz, todas las intervenciones evidenciaron la existencia de un sustrato cultural compartido en la comisión penal de nuestra

asociación: la conciencia del “terrible poder de juzgar”, el reconocimiento de la posibilidad, ineliminable, de error judicial, y la adhesión al modelo racional de valoración de la prueba. No es poco, sin embargo, en el contexto actual en el que algunas resoluciones de la Sala II del Tribunal Supremo, muy aplaudidas, sobre el carácter “privilegiado” del testimonio de la víctima y prueba indiciaria, que han encontrado rápido eco en muchas otras resoluciones de tribunales de instancia, se inscriben en un modelo posmoderno de la valoración probatoria que se nutre, desordenada y anárquicamente, de elementos del sistema de prueba legal, de componentes mágico-iluministas y de residuos subjetivistas imposibles de controlar. Un modelo radicalmente opuesto al que siempre hemos defendido.

---

7 Magistrada Juzgado Penal 4 de Huelva.



# El concepto de autoridad judicial emisora en la jurisprudencia del TJUE relativa a la orden europea de detención y entrega

José Miguel GARCÍA MORENO

A mi amiga (y compañera de promoción)  
María Poza Cisneros,  
*in memoriam*

## I. Introducción

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el ámbito del denominado “espacio de libertad, seguridad y justicia” se ha ocupado en gran medida de diversos aspectos de la orden europea de detención y entrega (en lo sucesivo, OEDE), regulada por la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante, DM sobre OEDE)<sup>1</sup>.

Este hecho se explica porque la DM sobre OEDE fue la primera norma de la Unión Europea (UE) dedicada a regular un instrumento de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, y además por la relevancia práctica de la OEDE como mecanismo llamado a sustituir a los procedimientos de extradición de base convencional

entre los Estados miembros de la UE. Por ello, la OEDE es el instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal respecto del que se ha planteado un mayor número de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y sobre el que ha recaído un mayor número de resoluciones del TJUE en respuesta a esas cuestiones prejudiciales.

Una de las cuestiones concretas de las que se ha ocupado preferentemente la jurisprudencia del TJUE en torno a la OEDE es la relativa a la delimitación del concepto de “autoridad judicial” en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE, de acuerdo con el cual “la autoridad judicial emisora [de la OEDE] será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado”<sup>2</sup>. La jurisprudencia del TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de esta cuestión al analizar el papel que juegan los servicios de policía<sup>3</sup>,

---

1 Esta norma fue puntualmente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

---

2 Esta norma ha sido traspuesta al derecho interno español por el art. 35.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, según el cual “son autoridades judiciales competentes para emitir una orden europea de detención y entrega el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes”.

3 En la sentencia de la Sala 4ª del TJUE de 10 de noviembre de 2016 (asunto C-452/16 PPU, Poltorak; ECLI:EU:C:2016:858) se concluyó que el concepto de “autoridad judicial” recogido en el art. 6.1 de la DM sobre OEDE es un concepto autónomo del Derecho de la UE y

los ministerios de justicia<sup>4</sup>, y las fiscalías de diversos Estados miembros de la UE en el proceso de emisión de la OEDE, y ello en el marco de varias cuestiones prejudiciales resueltas entre los años 2016 y 2020. Además, la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 25 de julio de 2018 (dictada en el asunto C-216/18 PPU) ha valorado el contenido de las garantías de independencia e imparcialidad a las que ha de ajustarse un tribunal de justicia emisor de una OEDE en el contexto de una situación de deficiencias sistémicas o generalizadas que pueden afectar a los órganos jurisdiccionales integrados en el poder judicial del Estado miembro de emisión de la OEDE.

## II. Las fiscalías nacionales como autoridad de emisión (o ejecución) de la OEDE

### II.1. La jurisprudencia del TJUE

La jurisprudencia del TJUE en relación con el concepto de “autoridad judicial” a los efectos del art. 6.1 de la DM sobre OEDE se ha desarrollado en varias resolu-

---

que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que un servicio de policía, como la Dirección General de la Policía sueca, no está comprendido en el concepto “autoridad judicial emisora” a los efectos de dicha disposición, de modo que la OEDE emitida por éste para la ejecución de una sentencia por la que se impone una pena privativa de libertad no puede considerarse una “resolución judicial” en el sentido del art. 1.1 de la DM sobre OEDE. Puede verse un análisis más detallado de esta sentencia en mi trabajo “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la orden europea de detención y entrega: jurisprudencia reciente”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 89, julio 2017, págs. 128 a 131.

4 En su sentencia de 10 de noviembre de 2016 (asunto C-477/16 PPU, Kovalkovas; ECLI:EU:C:2016:861) la Sala 4ª del TJUE rechazó que un Ministerio de Justicia (el de Lituania en ese caso concreto) pueda ser considerado “autoridad judicial de emisión”, y que la OEDE dictada por dicho Ministerio para asegurar el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta por un tribunal penal de ese Estado encaje en el concepto de “resolución judicial”, a los efectos de los arts. 6.1 y 1.1 de la DM sobre OEDE.

ciones posteriores a las sentencias de los casos Poltorak y Kovalkovas, en las que se analiza el papel de las fiscalías nacionales como órganos de emisión de la OEDE. Se trata de dos sentencias dictadas por la Gran Sala del TJUE el día 27 de mayo de 2019 en los asuntos acumulados C-508/18 OG y C-82/19 PPU *PI* (Fiscalía de Lübeck y Fiscalía de Zwickau)<sup>5</sup>, y en el asunto C-509/18 *PF* (Fiscalía General de Lituania)<sup>6</sup>; así como de las más recientes sentencias dictadas por la Sala 2ª del TJUE el día 9 de octubre de 2019 en el asunto C-489/19 PPU *NJ* (Fiscalía de Viena)<sup>7</sup> y por la Sala 1ª del propio TJUE el día 12 de diciembre de 2019 en los asuntos acumulados C-566/19 PPU *JR* y C-629/19 PPU *YC* (relativos a las Fiscalías de Francia), en el asunto C-625/19 PPU *XD* (relativo a las Fiscalías de Suecia), y en el asunto C-627/19 PPU *ZB* (relativo a las Fiscalías de Bélgica)<sup>8</sup>.

Las dos primeras sentencias citadas responden a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por altos tribunales de la República de Irlanda: el Tribunal Supremo (*Supreme Court*) y el Tribunal Superior (*High Court*). Las cuestiones prejudiciales se formularon en el marco de los procedimientos de ejecución de dos OEDEs emitidas por fiscalías territoriales de Alemania (las Fiscalías de Lübeck y Zwickau) y de una OEDE emitida por la Fiscalía General de Lituania, con vistas a la sustanciación de acciones penales contra tres personas diversas, porque los tribunales irlandeses albergaban dudas acerca de la posibilidad

---

5 ECLI:EU:C:2019:456. Esta sentencia y la dictada por el TJUE en el asunto C-509/18 han sido analizadas por la profesora Monserrat de Hoyos Sancho en “El principio de subsidiariedad y la autonomía procesal de los Estados de la Unión Europea: interpretación jurisprudencial en materia procesal penal”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 96, diciembre 2019, págs. 44 a 47.

6 ECLI:EU:C:2019:457.

7 ECLI:EU:C:2019:849.

8 ECLI:EU:C:2019:1077; ECLI:EU:C:2019:1078; y ECLI:EU:C:2019:1079, respectivamente.

de incluir en el concepto de “autoridad judicial” en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE a las fiscalías de Alemania y Lituania, en particular en lo que se refiere a los requisitos de independencia y de participación en la administración de la justicia penal, tal como éstos han sido definidos por la jurisprudencia del propio TJUE.

En sus sentencias, el TJUE recuerda su doctrina (ya reflejada en la sentencia del caso Poltorak), según la cual el principio de autonomía procesal autoriza a los Estados miembros a designar en su Derecho nacional a la “autoridad judicial” competente para dictar OEDEs, aunque no permite dejar a la apreciación de cada Estado miembro el sentido y el alcance de este concepto, al tratarse de un concepto autónomo del Derecho de la UE que exige una interpretación uniforme en toda la UE. Ésta debe buscarse teniendo en cuenta a la vez el tenor del art. 6.1 de la DM sobre OEDE, el contexto en el que se inscribe y el objetivo perseguido por dicha norma (cf. §§ 48-49 de la sentencia en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19; y §§ 27-28 de la sentencia en el asunto C-509/18). Así, de acuerdo con esta doctrina, el término “autoridad judicial” no se limita a designar a los jueces o tribunales de un Estado miembro, sino que debe entenderse en el sentido de designar, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de la justicia penal en ese Estado miembro, a diferencia, en particular, de los ministerios o de los servicios de policía, que forman parte del poder ejecutivo. Esta interpretación se ve corroborada por el contexto en el que se inscribe el art. 6.1 de la DM sobre OEDE, que es “un instrumento de cooperación judicial en materia penal que versa sobre el reconocimiento mutuo no solo de las resoluciones definitivas dictadas por los tribunales de lo penal, sino más ampliamente de las resoluciones

adoptadas por las autoridades judiciales de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal, incluida la fase relativa al ejercicio de la acción penal”. Conforme al planteamiento del TJUE, la expresión “procedimiento penal” ha de entenderse en sentido amplio y “puede abarcar el procedimiento penal en su conjunto, esto es, la fase de instrucción, la fase de enjuiciamiento propiamente dicha y la fase de ejecución de la resolución definitiva dictada por un tribunal de lo penal contra una persona declarada culpable de un delito”. A este respecto se subraya que la emisión de una OEDE puede tener, como contempla el art. 1.1 de la DM sobre OEDE, dos objetos distintos, ya que la OEDE puede dictarse para el ejercicio de acciones penales en el Estado miembro emisor o para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad en ese Estado. Ello lleva a concluir que “una autoridad, como una fiscalía, que tiene competencia, en el marco del procedimiento penal, para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal participa en la administración de la justicia del Estado miembro de que se trate” (cf. §§ 52 a 60 de la sentencia en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19; y §§ 29 a 39 de la sentencia en el asunto C-509/18).

En lo que se refiere al requisito de independencia que debe caracterizar a la “autoridad judicial” en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE, el TJUE recuerda la doctrina recogida en su sentencia de 1 de junio de 2016 (asunto C-241/15, Bob-Dogi)<sup>9</sup> según la cual el sistema de la OEDE entraña una protección en dos niveles de

<sup>9</sup> ECLI:EU:C:2016:385. Puede verse un comentario a esta sentencia en mi trabajo ya citado “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....”, págs. 126 a 128.

los derechos procesales y de los derechos fundamentales de los que debe disfrutar la persona reclamada, puesto que a la tutela judicial prevista en el primer nivel, a la hora de adoptar una resolución judicial nacional, como una orden de detención nacional, se añade la tutela que debe conferirse, en un segundo nivel, al emitir una OEDE, la cual puede dictarse, en su caso, en un breve plazo tras la adopción de la mencionada resolución judicial nacional. Al tratarse de una medida que puede afectar al derecho a la libertad de la persona en cuestión, consagrado en el art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, esa protección exige que se adopte una resolución conforme con las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, cuando menos en uno de los dos niveles de dicha protección. En particular, el segundo nivel de protección de los derechos de la persona reclamada implica que la autoridad judicial competente, en virtud del Derecho nacional, para emitir una OEDE debe controlar el cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha emisión y valorar si, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto, dicha emisión tiene carácter proporcionado. En consecuencia, la “autoridad judicial emisora” en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE “debe estar en condiciones de ejercer esta función con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la OEDE corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder”. Además, cuando el Derecho del Estado miembro emisor atribuye la competencia para emitir OEDEs a una autoridad que, si bien participa en la administración de la justicia de

ese Estado miembro, no es un tribunal, la decisión de emitir dicha OEDE y, en particular, la proporcionalidad de esa decisión debe poder ser objeto de un recurso judicial en dicho Estado miembro que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva (cf. §§ 64 a 75 de la sentencia en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19; y §§ 43 a 53 de la sentencia en el asunto C-509/18).

En el caso concreto del sistema procesal alemán, el ejercicio de la acción pública corresponde a las fiscalías, de modo que son éstas quienes poseen en exclusiva la competencia para incoar el procedimiento penal. Además, en virtud del principio de legalidad, estas fiscalías están obligadas, en principio, a incoar diligencias penales en relación con toda persona sospechosa de delito. De manera general puede afirmarse que dichas fiscalías han de crear, en el marco del procedimiento penal, las condiciones previas para el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales de lo penal de Alemania. En el contexto de estas competencias generales corresponde a las fiscalías de Alemania, conforme a las previsiones de su derecho interno, la emisión de una OEDE sobre la base de la orden de detención nacional dictada por el tribunal competente. Como se recoge en la sentencia del TJUE, las fiscalías alemanas están sometidas a la obligación de objetividad y deben investigar no solo con la finalidad de probar la culpabilidad, sino también la inocencia de la persona inculpada; pero además, conforme a lo dispuesto en los arts. 146 y 147 de la Ley de Organización de los Tribunales de Alemania (*Gerichtsverfassungsgesetz* o *GVG*), el ministro de Justicia del Estado federado o *Land* correspondiente dispone de una potestad de instrucción “externa” con respecto a las fiscalías que tienen su sede en dicho Estado federado. Esta potestad de

instrucción confiere al referido ministro la facultad de influir directamente en la decisión de una fiscalía de emitir o, en su caso, de no emitir una OEDE, y podría ejercerse, en particular, en la fase del examen de la proporcionalidad de la emisión de la OEDE. Se trata, en cualquier caso, de una potestad que se halla sometida a una serie de garantías, pues el principio de legalidad al que se sujeta la acción de las fiscalías permite garantizar que las eventuales instrucciones individuales que pudieran recibir del ministro de Justicia no puedan en ningún caso sobrepasar los límites de la ley y del ordenamiento jurídico, a lo que se añade la circunstancia de que los miembros de las fiscalías son funcionarios que no pueden ser separados de sus funciones por la mera inobservancia de una instrucción<sup>10</sup>.

Sin embargo, el TJUE considera que las garantías expuestas no permiten descartar plenamente que la decisión de una fiscalía de emitir una OEDE pueda estar sujeta en un caso individual a la instrucción del ministro de Justicia del *Land* en cuestión, toda vez que la potestad de instrucción se encuentra reconocida por la Ley de Organización de los Tribunales, que no especifica las condiciones en que puede ejercerse esta potestad. Así pues, la vigencia del principio de legalidad en el ordenamiento procesal penal alemán no puede impedir por sí sola que el ministro de Justicia de un *Land* influya en la facultad de apreciación de que disponen las fiscalías de este *Land*

a la hora de decidir emitir una OEDE. En consecuencia, la sentencia en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 concluye que las Fiscalías [de Lübeck y Zwickau] “están expuestas al riesgo de que el poder ejecutivo influya en su decisión de emitir una OEDE” y no se ajustan a una de las exigencias necesarias para poder tener la consideración de “autoridad judicial emisora”, en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE, a saber, la de presentar la garantía de actuar con independencia a la hora de emitir tal OEDE. Por ello, resuelve concluyendo que el concepto de “autoridad judicial emisora” que figura en el art. 6.1 de la DM sobre OEDE “debe interpretarse en el sentido de que no comprende a las fiscalías de un Estado miembro expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, como un ministro de Justicia, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una OEDE” (§ 90).

La sentencia del TJUE en el asunto C-509/18, Fiscalía General de Lituania, llega a una conclusión diversa al declarar que el Fiscal General de Lituania puede ser calificado como “autoridad judicial emisora”, en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE, “habida cuenta de que (...) el estatuto que tiene en este Estado miembro garantiza no solo la objetividad de sus misiones, sino que le confiere asimismo una garantía de independencia frente al poder ejecutivo a la hora de emitir OEDEs” (§ 56). A estos efectos, el TJUE subraya que, a la vista de la información proporcionada por el gobierno de Lituania en el procedimiento prejudicial, en este Estado miembro de la UE “la responsabilidad de la emisión de la OEDE corresponde, en último término, al Fiscal General de Lituania, que actúa a instancias del fiscal encargado del asunto en el que se solicita la entrega

10 En sus alegaciones ante el TJUE el gobierno alemán también puso de relieve las garantías adicionales aplicables respecto de las fiscalías de los dos Estados federados o *Länder* afectados, toda vez que en el *Land* de Schleswig-Holstein las instrucciones del ministro a las fiscalías deben formularse por escrito y comunicarse al presidente del parlamento regional, mientras que en el *Land* de Sajonia, el acuerdo de gobierno de la coalición en el poder al momento de emisión de la OEDE preveía que la potestad de instrucción del ministro de Justicia dejase de utilizarse en una serie de casos individuales mientras estuviese vigente dicho acuerdo de gobierno.

de la persona de que se trate”, de suerte que “en el marco de las competencias que tiene atribuidas, el Fiscal General de Lituania comprueba si se cumplen los requisitos necesarios para la emisión de una OEDE, en particular si sobre esa persona pesa una resolución judicial ejecutiva de detención, resolución que, en virtud del Derecho lituano, debe ser dictada por un tribunal o juez de instrucción”. Se destaca además de forma expresa que, en el ejercicio de sus funciones, los fiscales lituanos disfrutan de una independencia que les confiere la Constitución de la República de Lituania, en particular su art. 118, párr. 3º, y las disposiciones de la Ley del Ministerio Fiscal de la República de Lituania; y que –dado que tiene la condición de fiscal–, el Fiscal General de Lituania goza de esta independencia, que le permite actuar a resguardo de toda influencia externa, en particular del poder ejecutivo, en el ejercicio de sus funciones, en concreto cuando decide emitir una OEDE para el ejercicio de acciones penales, lo que obliga igualmente a velar por el respeto de los derechos de las personas afectadas (§§ 54-55). En cualquier caso, el TJUE resuelve expresamente que corresponde al órgano judicial remitente (Tribunal Supremo de Irlanda) comprobar si las decisiones del Fiscal General de Lituania de emitir una OEDE pueden ser impugnadas a través de un recurso plenamente ajustado a las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, ya que los elementos que obran en el procedimiento prejudicial no permiten determinar este extremo.

En definitiva, el TJUE declara en el fallo de su sentencia que el concepto de “autoridad judicial emisora” que figura en el art. 6.1 de la DM sobre OEDE “debe interpretarse en el sentido de que comprende al fiscal general de un Estado miembro que, siendo estructuralmente independiente del poder judicial, es competente para

ejercer la acción penal y tiene un estatuto en ese Estado miembro que le confiere una garantía de independencia frente al poder ejecutivo en el marco de la emisión de la OEDE”.

Por su parte, la sentencia dictada por el TJUE en el asunto C-489/19 PPU (Fiscalía de Viena) deriva de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Berlín (*Kammergericht Berlin*) en el marco del procedimiento de reconocimiento de una OEDE emitida por la Fiscalía de Viena (Austria) el día 16 de mayo de 2019 contra una persona identificada como NJ para el ejercicio de acciones penales por un delito continuado de robo, y homologada por una resolución del Tribunal Regional de Viena (*Landesgericht Wien*) el día 20 de mayo de 2019, al amparo de las disposiciones de la Ley sobre Cooperación Internacional en Materia Penal con los Estados Miembros de la UE de dicho país. En el planteamiento de su cuestión prejudicial el Tribunal Superior de Justicia de Berlín destaca que las fiscalías austriacas están sujetas a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, concretamente del Ministro Federal de Justicia, por lo que se pregunta si el procedimiento de emisión de una OEDE en Austria es compatible con las exigencias contempladas en la sentencia del TJUE de 27 de mayo de 2019 (asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, Fiscalía de Lübeck y Fiscalía de Zwickau), y si la Fiscalía de Viena puede ser considerada “autoridad judicial” emisora de la OEDE conforme a la doctrina expuesta en dicha sentencia.

En su sentencia (§§ 30 a 38), la Sala 2ª del TJUE reitera toda su doctrina relativa a la noción de “autoridad judicial emisora” como concepto autónomo del Derecho de la UE, y a las características que debe reunir una fiscalía nacional para poder ser encuadrada en ese concepto. A este respecto

se destaca que las fiscalías austríacas -conforme al art. 2 ap.1 de la Ley del Ministerio Fiscal de Austria- están directamente subordinadas a las fiscalías superiores y sometidas a las instrucciones de éstas y que, a su vez, estas últimas se encuentran subordinadas al Ministro Federal de Justicia, por lo que no cumplen el requisito de independencia, que exige la existencia de "normas estatutarias y organizativas adecuadas para garantizar que la autoridad judicial emisora no se vea expuesta, en el contexto de la adopción de una OEDE, a riesgo alguno de recibir instrucciones individuales del poder ejecutivo" (§ 40). No obstante, el TJUE pone de relieve que el concepto de "decisión judicial" en el sentido del art. 1.1 de la DM sobre OEDE "debe entenderse referido al acto bajo la forma que este reviste en el momento de su ejecución", toda vez que "es en ese momento y bajo esa forma cuando la decisión de emitir una OEDE puede menoscabar el derecho a la libertad de la persona buscada" (§ 42).

El TJUE también destaca que en el sistema procesal de Austria "tanto la decisión de emitir una orden de detención nacional como la decisión de emitir una OEDE deben necesariamente ser objeto de una homologación por un tribunal antes de ser transmitidas", por lo que, "mientras no se homologuen las decisiones de la fiscalía, las OEDEs no producen efectos jurídicos ni pueden ser transmitidas". A ello se añade que "en el procedimiento de homologación, el tribunal competente controla el cumplimiento de los requisitos de emisión de la orden de detención de que se trate y la proporcionalidad de dicha orden, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto". En el caso de la homologación de una orden de detención nacional el control de proporcionalidad que el tribunal competente realiza se refie-

re únicamente a los efectos de la privación de libertad provocados por esta, pero en el caso de la homologación de una OEDE dicho control se extiende a la valoración del menoscabo de los derechos de la persona afectada más allá de la lesión de su derecho a la libertad, ya examinada, porque "el tribunal (...) está obligado a tomar en consideración los efectos que en las relaciones sociales y familiares de una persona residente en un Estado miembro distinto de la República de Austria provoca el procedimiento de entrega y el traslado de dicha persona" y "no está vinculado por los resultados de la investigación dirigida por la fiscalía ni tiene la obligación de ceñirse a las indicaciones y a los motivos de la orden expuestos por la fiscalía" (§§ 43 a 45).

Por todo ello, el TJUE afirma en los §§ 46 y 47 de su sentencia que "con arreglo al Derecho austriaco, la emisión de una OEDE está sometida en su totalidad a un control objetivo e independiente por parte de un tribunal, que ejerce al respecto un control completo del cumplimiento de los requisitos de emisión de dicha orden de detención y de la proporcionalidad de la misma", de forma que "solo después de que dicho tribunal haya homologado la orden de detención de que se trate produce ésta efectos jurídicos y puede ser transmitida". Además, sostiene que "el tribunal encargado de la homologación de una OEDE ejerce su control de manera independiente y con pleno conocimiento de cualquier instrucción que haya podido emitirse previamente y al término de su control adopta una resolución autónoma con respecto a la decisión de la fiscalía, que no se limita a una mera confirmación de la legalidad de dicha decisión". La conclusión a la que llega el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial planteada supone la declaración de que no se opone a la regulación contenida en la DM sobre OEDE un sistema procesal

en el que las fiscalías del Estado miembro emisor se hallen expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo (p.ej. del Ministro de Justicia), en el contexto de la emisión de las OEDEs, en la medida en que la transmisión de las OEDEs por dichas fiscalías, exige necesariamente su homologación por un tribunal que, teniendo acceso a la totalidad de los autos de la instrucción, a los que se incorporan las eventuales órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, controla de manera independiente y con objetividad el cumplimiento de los requisitos de emisión de dichas OEDEs y la proporcionalidad de las mismas, adoptando así una resolución autónoma que da su forma definitiva a las mismas.

En las tres sentencias dictadas por la Sala 1ª del TJUE el día 12 de diciembre de 2019 se da respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Apelación (*Cour d'appel*) de Luxemburgo y por Tribunal de Primera Instancia (*Rechtbank*) de Ámsterdam en relación con el papel atribuido a las fiscalías en los sistemas procesales penales de Francia, Suecia y Bélgica en cuanto a la emisión de OEDEs para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de penas privativas de libertad. Estas sentencias reiteran y resumen la doctrina general del TJUE respecto de la autoridad judicial emisora de la OEDE a los efectos del art. 6.1 de la DM sobre OEDE.

En el concreto caso de Francia, la sentencia no cuestiona la participación de los fiscales en la administración de la justicia penal, ya que se trata de funcionarios que "tienen la condición de magistrados". A ello se añade que los fiscales actúan "con independencia en el ejercicio de las funciones inherentes a la emisión de una OEDE" (...) y "disponen de la facultad de apreciar de manera independiente, en particular

respecto del poder ejecutivo, la necesidad y proporcionalidad de emitir una OEDE y ejercen esa facultad de forma objetiva, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo". Las observaciones formuladas por el gobierno francés en el procedimiento ponen de relieve que "el art. 64 de la Constitución [francesa] garantiza la independencia de la autoridad judicial, que está compuesta por magistrados jueces y por magistrados fiscales, y que, en virtud del art. 30 del Código de Procedimiento Penal (*code de procédure pénale*, en adelante CPP), el Ministerio Fiscal desempeña sus funciones de manera objetiva, a salvo de instrucciones individuales del poder ejecutivo, ya que el Ministro de Justicia solo puede impartir a los fiscales instrucciones generales sobre política penal, con el fin de garantizar la coherencia de esa política en todo el territorio", de suerte que "tales instrucciones generales no pueden tener en modo alguno como efecto que un fiscal no pueda ejercer su facultad de apreciación en cuanto a la proporcionalidad de la emisión de una OEDE". Por lo demás, "en virtud del art. 31 CPP, el Ministerio Público ejercerá la acción pública y exigirá la aplicación de la ley de conformidad con el principio de imparcialidad" (sentencia en los asuntos acumulados C-566/19 PPU y C-629/19 PPU, §§ 53 a 55).

La sentencia subraya que esta conclusión no se ve desvirtuada por la circunstancia de que los fiscales franceses "estén obligados a cumplir las instrucciones que emanan de sus superiores jerárquicos" o por el hecho de que el Ministerio Fiscal en Francia "se encargue del ejercicio de la acción pública". De un lado, porque la doctrina del propio TJUE sobre la exigencia de independencia "no prohíbe las instrucciones internas que pueden impartirse a los fiscales por sus superiores jerárquicos,



también fiscales, sobre la base de la relación de subordinación por la que se rige el funcionamiento del Ministerio Fiscal". De otro, porque la propia jurisprudencia del TJUE ya ha establecido que el concepto de "autoridad judicial emisora" se aplica "al fiscal general de un Estado miembro competente para ejercer la acción penal, siempre que su estatuto le confiera una garantía de independencia frente al poder ejecutivo en el marco de la emisión de la OEDE" (§§ 56 y 57).

Finalmente, el TJUE constata que el sistema procesal francés en lo relativo a la emisión de la OEDE responde a la exigencia de tutela judicial efectiva en los términos establecidos por su propia jurisprudencia, toda vez que "la proporcionalidad de la decisión del Ministerio Público de emitir una OEDE puede ser objeto de un control jurisdiccional previo, incluso cuasi-concomitante, a esa emisión y, en todo caso, posterior a la emisión de la OEDE". Así, "la emisión de una OEDE para el ejercicio de acciones penales necesariamente trae causa, en el ordenamiento jurídico francés, de una orden de detención nacional emitida por un órgano jurisdiccional, generalmente el juez de instrucción", y "cuando el Ministerio Fiscal emite una OEDE para el ejercicio de acciones penales, el órgano jurisdiccional que dictó la orden de detención nacional sobre cuya base se emitió la OEDE solicita a la vez al Ministerio Fiscal que emita una OEDE y lleva a cabo un apreciación de los requisitos necesarios para la emisión de esta última y, en particular, su proporcionalidad". Por otra parte, el ordenamiento jurídico francés contempla en el art. 170 CPP una acción de nulidad contra la decisión de emitir una OEDE, como acto procesal, la cual "puede ejercitarse durante todo el transcurso de la instrucción penal y permite a las partes en el procedimiento hacer valer sus dere-

chos", de modo que "si la OEDE se emite contra una persona que aún no es parte en el procedimiento, esta podrá ejercitar la acción de nulidad tras su entrega efectiva y su comparecencia ante el juez de instrucción" (§§ 67 a 71). En definitiva, la sentencia declara que el concepto de "autoridad judicial" emisora comprende a los fiscales de un Estado miembro (como Francia), "encargados del ejercicio de la acción pública y situados bajo la dirección y el control de sus superiores jerárquicos, cuando su estatuto les confiere una garantía de independencia, en particular con respecto al poder ejecutivo, en el marco de la emisión de la OEDE" (...), singularmente cuando "conforme a la legislación del Estado miembro emisor, los requisitos de la emisión de dicha orden y, en particular, su proporcionalidad son objeto de control judicial en ese Estado miembro".

En el caso relativo a las fiscalías de Suecia, el tribunal que promovió el procedimiento prejudicial (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam) no cuestiona que los miembros del Ministerio Fiscal (*Åklagarmyndigheten*) participan en la administración de justicia y actúan con independencia, sin riesgo de estar sometidos, directa o indirectamente, a órdenes o a instrucciones individuales del poder ejecutivo. Sin embargo, la circunstancia de que el fiscal solo pueda emitir una OEDE para el ejercicio de acciones penales cuando se haya acordado por el tribunal competente la medida de prisión provisional respecto de la persona buscada por existir sospechas fundadas de que ha cometido un delito castigado con una pena privativa de libertad igual o superior a un año, y tras valorar por sí mismo si el perjuicio que esta puede ocasionar al interesado y los plazos y costes que implica para el procedimiento pueden justificar la emisión de la OEDE a la vista de la naturaleza y de la

gravedad del delito y de otras circunstancias, le lleva a cuestionar la concurrencia del requisito –impuesto por la doctrina del TJUE– de que la decisión del Ministerio Fiscal de emitir una OEDE debe poder ser objeto de un recurso judicial que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva.

La sentencia de la Sala 1ª del TJUE concluye que la emisión por la fiscalía de las OEDEs para el ejercicio de acciones penales conforme al ordenamiento procesal penal de Suecia satisface plenamente la exigencia de control jurisdiccional inherente a la tutela judicial efectiva, toda vez que “la emisión de una OEDE para el ejercicio de acciones penales necesariamente trae causa, en el ordenamiento jurídico sueco, de una resolución por la que se acuerda la prisión provisional de la persona reclamada, dictada por un órgano jurisdiccional”, el cual “para acreditar la necesidad de acordar la prisión provisional (...) debe también evaluar la proporcionalidad de otras posibles medidas, como la emisión de una OEDE”. Además, “la persona buscada sobre la base de una OEDE tiene derecho a interponer un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerda su prisión provisional, sin sujeción a plazo alguno, incluso con posterioridad a la emisión de la OEDE y a su detención en el Estado miembro de ejecución”, de suerte que “si se anula la resolución impugnada por la que se acuerda la prisión provisional, quedará automáticamente invalidada la OEDE, ya que su emisión se basó en la existencia de tal resolución”, pues “todo tribunal superior que conozca de un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerda la prisión provisional también apreciará la proporcionalidad de la emisión de la OEDE” (sentencia en el asunto C-625/19, §§ 46 a 52 y 56). Por ello se afirma en el § 52 de la sentencia que “aun

a falta de recurso independiente contra la decisión del fiscal de emitir una OEDE, los requisitos de su emisión y, en particular, su proporcionalidad, pueden ser objeto, en el Estado miembro emisor, de control jurisdiccional no solo previo o simultáneo a su adopción, sino también posterior”.

Tampoco en el procedimiento prejudicial relativo a Bélgica el órgano jurisdiccional que promovió dicho procedimiento (de nuevo el Tribunal de Primera Instancia de *Ámsterdam*) cuestiona que en el ordenamiento procesal penal de aquel país los fiscales participan en la administración de justicia y actúan con independencia, sin estar sujetos, directa o indirectamente, a órdenes o a instrucciones individuales del poder ejecutivo. No obstante, tras constatar que la legislación belga relativa a la OEDE no contempla la posibilidad de interponer un recurso independiente contra la decisión de emitir tal orden, se pregunta si el requisito impuesto por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que la decisión de emitir una OEDE y, en particular, el carácter proporcionado de tal decisión deben poder ser objeto de un control jurisdiccional que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, se aplica también en el caso (como el que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial) de que la OEDE tenga por objeto la ejecución de una pena privativa de libertad.

En su sentencia, la Sala 1ª del TJUE destaca las particularidades del procedimiento de reconocimiento de una OEDE emitida para la ejecución de una pena privativa de libertad, ya que en ese caso la presunción de inocencia que ampara a la persona reclamada “ha quedado desvirtuada en un procedimiento judicial que debe respetar las exigencias inherentes al art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”, por lo que el con-

trol jurisdiccional vinculado a la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva a la persona reclamada por una OEDE emitida para la ejecución de una pena se lleva a efecto mediante la propia sentencia ejecutiva que impuso dicha pena (sentencia en el asunto C-627/19, §§ 34 y 35). En los §§ 36 y 37 de la sentencia se argumenta que “la existencia de un procedimiento judicial anterior que resuelve sobre la culpabilidad de la persona buscada permite a la autoridad judicial de ejecución presumir que la decisión de emitir una OEDE para la ejecución de una pena es el resultado de un procedimiento nacional en el que la persona objeto de una sentencia ejecutiva ha gozado de todas las garantías propias de la adopción de este tipo de resolución, en particular de las que emanan de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos fundamentales contemplados en el art. 1, apartado 3, de la DM sobre OEDE”, de suerte que el juicio de proporcionalidad en la emisión de una OEDE para la ejecución de una pena privativa de libertad resulta de la propia condena impuesta “que, como se establece en el art. 2, apartado 1, de la DM sobre OEDE, debe consistir en una pena o en una medida de seguridad de duración no inferior a cuatro meses”. En consecuencia, la Sala 1ª del TJUE concluye afirmando que la DM sobre OEDE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la legislación de un Estado miembro (como Bélgica) “que, mientras que confiere la competencia para emitir una OEDE para la ejecución de una pena a una autoridad que, si bien participa en la administración de justicia en dicho Estado miembro, no es un órgano jurisdiccional, no contempla la existencia de un recurso jurisdiccional independiente contra la decisión de esa autoridad de emitir tal OEDE”.

El TJUE ha acabado por extender su doctrina sobre los requisitos aplicables a la

autoridad judicial de emisión a la autoridad judicial de ejecución de la OEDE, en la sentencia dictada por su Gran Sala el día 24 de noviembre de 2020<sup>11</sup>. En ella se da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas (Bélgica), que cuestionó la norma del derecho interno de los Países Bajos en virtud de la cual la fiscalía correspondiente es competente para otorgar el consentimiento a los efectos de que la persona entregada pueda ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega y distinta de la que hubiere motivado su entrega (como excepción al principio de especialidad), conforme a las previsiones del art. 27.2. 3g) y 4 de la DM sobre OEDE<sup>12</sup>.

En su sentencia, el TJUE afirma que -al igual que en el caso de la autoridad judicial de emisión- el concepto de “autoridad judicial de ejecución” (art. 6.2 de la DM sobre OEDE) es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que no se limita a designar únicamente a jueces o tribunales, sino que incluye también a las autoridades judiciales que participan en la administración de la justicia penal de ese Estado miembro y actúan de manera independiente en el ejercicio de las funciones inherentes a la ejecución de una OEDE, en particular en relación con el poder ejecutivo, ejerciendo sus funciones en el marco de un procedimiento que respeta las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva (§§ 41 a 56). Según el TJUE, la ejecución de la OEDE puede suponer un menoscabo de la libertad de la persona buscada, en la medida en que dicha ejecución conducirá a su detención con vistas a su entrega a

11 Asunto C-510/19, AZ; ECLI:EU:C:2020:953.

12 Este precepto ha sido traspuesto al derecho interno español por el art. 60 de Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

la autoridad judicial de emisión. Además, contrariamente al procedimiento de emisión de una OEDE, respecto del que opera la protección de los derechos fundamentales en dos niveles, en la fase de ejecución de la OEDE la intervención de la autoridad judicial de ejecución constituye el único nivel de protección previsto por la DM sobre OEDE, lo que exige que la persona reclamada disfrute de todas las garantías propias de la adopción de las resoluciones judiciales.

Con independencia de que la autoridad judicial que da su consentimiento para no aplicar el principio de especialidad pueda no ser la misma que ha ejecutado inicialmente la OEDE, el TJUE sostiene que dicho consentimiento no puede ser dado por un fiscal de un Estado miembro que, aunque participe en la administración de justicia penal, puede recibir, en el ejercicio de su poder decisorio, una instrucción individual del poder ejecutivo. En ese caso no se cumplen los requisitos exigidos por el concepto de “autoridad judicial de ejecución” en el sentido del art. 6.2 de la DM sobre OEDE, ya que para otorgar el consentimiento que permite la exclusión del principio de especialidad se requiere la intervención de una autoridad que cumpla dichos requisitos, en la medida en que este consentimiento se refiere a una infracción distinta de la que justificó la entrega inicial de la persona reclamada y puede menoscabar la libertad de esa persona al dar lugar a una condena más grave (§§ 58 a 63). La circunstancia de que las fiscalías de los Países Bajos (competentes conforme a su derecho interno para conceder el consentimiento a los efectos del art. 27.2. 3g) y 4 de la DM sobre OEDE) puedan estar sujetas a instrucciones individuales por parte del Ministro de Justicia lleva al TJUE a concluir que dichas fiscalías no pueden constituir una autoridad judicial de ejecución de la OEDE.

## II.2. La posición de los diversos Estados miembros

A mi juicio, la doctrina que establece el TJUE en las sentencias analizadas supone un desarrollo acertado de la jurisprudencia relativa al concepto de “autoridad judicial” a los efectos de emisión de la OEDE, ya esbozada en sus previas sentencias en los asuntos Poltorak y Kovalkovas. Así, a la hora de valorar si el concepto de “autoridad judicial” en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE incluye al Ministerio Fiscal de los Estados miembros de la UE, la doctrina del TJUE toma en consideración una serie de factores esenciales, como son:

a) Su participación en la administración de justicia penal (esto es, su competencia para asumir la persecución penal de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal, ya sea mediante la dirección o gestión de la investigación penal o la formulación del escrito de acusación).

b) La objetividad en su actuación, que se concreta en la exigencia de tomar en consideración todo el material probatorio, tanto inculpatario como exculpatario, disponible respecto de la persona investigada.

c) La posición institucional de independencia, que exige la ausencia de exposición al riesgo de quedar sujeto a instrucciones externas (en particular, de los diversos órganos que integran el poder ejecutivo) en lo que se refiere a la emisión de la OEDE en un caso concreto, y ello, aunque la orden interna de detención en que se basa la OEDE hubiera sido dictada por una autoridad directamente encuadrada en el poder judicial del Estado y, por ende, institucionalmente independiente. La posición de independencia no queda en entredicho por la circunstancia de que el Ministerio Fiscal sea competente para la persecución

penal o para el ejercicio de la acción penal, por la posibilidad de que el Ministerio de Justicia correspondiente pueda dirigirse instrucciones de carácter general sobre política criminal, o por el hecho de que los fiscales individuales queden sujetos al control y a las funciones directivas de sus superiores jerárquicos, integrados a su vez en el Ministerio Fiscal.

Y d) La posibilidad de un recurso judicial en el ámbito interno del Estado miembro contra la resolución de emisión de la OEDE que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva. Queda en el ámbito de autonomía procesal de cada Estado miembro de la UE la regulación en concreto de la vía de recurso judicial efectivo, que puede incluir, por ejemplo, la impugnación directa ante un órgano jurisdiccional de la decisión de emisión de la OEDE por parte del fiscal competente, la revisión por el tribunal que dictó la orden nacional de detención de la decisión de la fiscalía de emitir la OEDE, con anterioridad o de forma simultánea a dicha decisión, e incluso después de que se materialice la entrega de la persona reclamada. También se incluye la existencia de un mecanismo de homologación judicial previo a la transmisión de la OEDE en virtud del cual un tribunal ejerce su control de manera independiente y objetiva adoptando una resolución autónoma con respecto a la decisión de la fiscalía, que no se limita a una mera confirmación de la legalidad de dicha decisión. Además, la revisión judicial es inherente a la sentencia condenatoria que impone una pena privativa de libertad en los supuestos de OEDEs emitidas con la finalidad de ejecutar la pena privativa de libertad.

En consecuencia, el hecho de que la fiscalía encargada de la emisión de la OEDE –conforme a las normas internas de un Estado miembro en trasposición de la

DM sobre la OEDE– se vea afectada por el riesgo de quedar sujeta, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo (Ministerio de Justicia, sea de ámbito federal o regional) en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión del instrumento de reconocimiento mutuo lleva a excluir a dicha fiscalía del concepto de “autoridad judicial” en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE, y ello pese a que el riesgo no se haya materializado efectivamente en la existencia de una instrucción referida al caso concreto. En estas circunstancias, los tribunales del Estado miembro de ejecución de la OEDE podrían denegar el reconocimiento de ésta aduciendo que no se ajusta a las exigencias derivadas de los arts. 1.1 y 6 de la DM sobre OEDE.

La jurisprudencia reflejada en las sentencias del TJUE objeto de análisis ha llevado a Eurojust, en colaboración con la Red Judicial Europea, a recabar información de los diversos Estados miembros sobre el impacto de la doctrina del tribunal en las normas de los ordenamientos jurídicos nacionales que implementan el sistema de la OEDE, e incluso ha provocado reformas urgentes de las normas internas de algunos Estados miembros en los que la fiscalía correspondiente asumía competencias para la emisión de la OEDE<sup>13</sup>. En general, la información recabada por Eurojust y la Red Judicial Europea permite diferenciar tres grupos de Estados miembros de la UE en lo que respecta a la determinación de la

13 La información compilada por Eurojust y la Red Judicial Europea se refleja en el documento denominado “*Questionnaire on the CJEU’s judgments in relation to the independence of the issuing judicial authorities and effective judicial protection. Updated compilation of replies and certificates*”, cuya última actualización (a la fecha de redacción de este trabajo) es de 12 de marzo de 2020. El documento está disponible en el siguiente link: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties/EN/3242>

autoridad judicial de emisión de la OEDE, a saber:

1) Los sistemas jurídicos en los que la emisión de la OEDE queda reservada a un juez o tribunal de justicia, normalmente previa petición de la fiscalía correspondiente sobre la base de la previa orden interna de detención. Este grupo de ordenamientos comprende los Estados vinculados a la tradición jurídica del *common law* (Chipre, Malta, Irlanda y Reino Unido, antes de su salida de la UE), y algunos Estados de tradición jurídica continental, como España, Eslovenia, Eslovaquia, la República Checa, Hungría, Polonia y Rumanía.

2) Los ordenamientos en los que corresponde al Ministerio Fiscal la emisión de la OEDE, en todos o algunos de los casos, pero en los que la independencia de los fiscales aparece garantizada, con frecuencia por la propia norma constitucional, y en ocasiones mediante la equiparación de la posición institucional de fiscales y jueces. Destacan en este grupo Estados miembros como Bélgica (donde la fiscalía tiene competencia para la emisión de las OEDes, salvo en el supuesto de investigados mayores de edad reclamados en la fase previa al juicio oral, en cuyo caso la competencia corresponde al juez de instrucción), Bulgaria (salvo en el supuesto de OEDes emitidas en la fase del juicio oral, cuya emisión corresponde al tribunal competente), Estonia (también con la excepción de las OEDes emitidas en la fase de juicio oral, que caen en el ámbito de competencia del tribunal que conoce de dicho juicio), Grecia, Finlandia, Francia, Croacia, Italia, Lituania (con la excepción de las OEDes para la ejecución de una pena privativa de libertad, que son emitidas por el tribunal sentenciador), Letonia, Portugal (salvo las OEDes en la fase de juicio oral y de ejecución de sentencia, que son emitidas por el juez o tribunal correspondiente) y Suecia. En este grupo hay

que incluir también el sistema procesal de Austria, donde –como ya ha quedado expuesto– la OEDE emitida por el Ministerio Fiscal queda sujeta a un procedimiento de homologación judicial previo a su transmisión, que no se limita a una mera confirmación de la legalidad de la decisión de emitir la OEDE.

3) Los Estados miembros afectados directa o indirectamente por la doctrina del TJUE y que han aprobado alguna reforma constitucional o legal para adaptarse a dicha doctrina y evitar que las OEDes emitidas por sus autoridades no sean reconocidas y ejecutadas por los restantes Estados miembros. Así, en los Países Bajos se aprobó una modificación de la Ley de Extradición, en virtud de la cual la fiscalía ha dejado de ser la autoridad emisora de las OEDes y la competencia ha sido asumida por el juez de instrucción (*rechter-commissaris*). Esta reforma legal entró en vigor el 13 de julio de 2019. En Dinamarca el 15 de febrero de 2020 entró en vigor la reforma de los arts. 46 y 47 de la Ley de Extradición, y ello supone que la fiscalía ya no tiene competencia para la emisión de las OEDes. La emisión de las OEDes corresponde ahora a los tribunales, que actúan a instancia de la fiscalía. La competencia objetiva la ostenta el Tribunal de Distrito, cuyas resoluciones ordenando la emisión de las OEDes son susceptibles de recurso ante el Tribunal Superior. Luxemburgo no ha modificado por el momento su ordenamiento en materia de OEDE, por lo que el Fiscal General sigue siendo competente para la emisión de las OEDes para la ejecución de las penas privativas de libertad, y las OEDes emitidas para el ejercicio de acciones penales lo son por el juez de instrucción o el tribunal que conoce del juicio oral, dependiendo de la fase procesal en la que es emitida la OEDE. No obstante, debe destacarse que hay un proyecto de reforma constitucional que

afecta al art. 99 de la Constitución del país, y que garantizará la plena independencia del Ministerio Fiscal (en particular respecto del poder ejecutivo) en el ejercicio de sus funciones de acción pública y supervisión de la aplicación de la ley.

Llama la atención el hecho de que el Estado miembro de la UE directamente afectado por la sentencia de la Gran Sala del TJUE en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU (la República Federal de Alemania) no haya emprendido por el momento ninguna reforma legal específica de su sistema en materia de emisión de OEDEs. Tras la sentencia, el Ministerio Federal de Justicia emitió una opinión dirigida a los Ministerios de Justicia de los Estados federados y a los diversos operadores jurídicos indicando que las normas del ordenamiento procesal penal alemán deben ser reinterpretadas a la luz de la doctrina del TJUE, de forma que la emisión de la OEDE deje de ser competencia de las fiscalías y corresponda a los diversos tribunales del orden jurisdiccional penal. Esta opinión propugna la aplicación directa de algunas normas generales de la Ley Procesal Penal (*Strafprozessordnung, StPO*) sobre las disposiciones específicas de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Asuntos Penales (*IRG*) que regulan la emisión de la OEDE, a los efectos de atribuir la competencia objetiva a los tribunales penales. Pese a que la opinión del Ministerio Federal de Justicia ha sido seguida por bastantes tribunales del país, no han faltado opiniones doctrinales y resoluciones judiciales que sostienen que no hay una base jurídica suficiente para modificar la atribución de competencia en esta materia, ya que sería necesaria una reforma legislativa expresa acometida por el legislador federal<sup>14</sup>.

14 Véase en este sentido el auto del Tribunal de Distrito de Dortmund (*Amtsgericht Dortmund*) de 9-7-2019, 730

### III. Los tribunales de justicia como autoridad de emisión de la OEDE: las exigencias de independencia e imparcialidad

No se ha planteado ninguna cuestión prejudicial ante el TJUE en la que se pregunte directamente a éste sobre los requisitos que cabe exigir a un tribunal de justicia para poder ser encuadrado en el concepto de autoridad judicial de emisión de la OEDE en el sentido del art. 6.1 de la DM sobre OEDE. No obstante, la Gran Sala del TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema en su sentencia de 25 de julio de 2018, dictada en el asunto C-216/18 PPU *LM* a instancia del Tribunal Superior (*High Court*) de Irlanda, cuya doctrina ha sido reiterada en la sentencia (también de la Gran Sala) de 17 de diciembre de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-354/20 PPU *L* y C-412/20 *P* en respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia (*Rechtbank*) de Ámsterdam (Países Bajos)<sup>15</sup>.

En el marco del procedimiento para el reconocimiento de tres OEDEs emitidas por tribunales penales de Polonia para el ejercicio de acciones penales contra el ciudadano de ese país *LM*, y en el contexto de una situación de claro deterioro de los principios inherentes al Estado de Derecho en la organización y funcionamiento de los tribunales de justicia de ese Estado miembro –constatada en la propuesta motivada de la Comisión Europea, de

AR 11/19 (ECLI:DE:AGDO:2019:0709.730AR11.19.00); Trüg/Ulrich: "Auf der Suche nach der verlorenen Kompetenz – Der Erlass Europäischer Haftbefehle", en *NJW* 2019, 2811 a 2815; y Oehmichen/Schmid: "Das Kaninchen aus dem Hut – § 131 StPO und die Zuständigkeit deutscher (Amts-)Gerichte für den Erlass des Europäischen Haftbefehls", en *StraFo* 10/19, págs. 397 a 403.

15 ECLI:EU:C:2018:586 y ECLI:EU:C:2020:1033, respectivamente.

20 de diciembre de 2017, presentada de conformidad con el art. 7, apartado 1, del Tratado de la UE, relativa al Estado de Derecho en Polonia [COM(2017) 835 final], y que se concretaría en la ausencia de un control constitucional independiente y legítimo y en las amenazas a la independencia del poder judicial ordinario— como consecuencia de las sucesivas reformas legislativas relativas al sistema judicial del mismo acometidas a partir de 2015, el Tribunal Superior de Irlanda planteó dos cuestiones dirigidas al TJUE. Por medio de éstas interesó que se aclarase: a) Si es preciso que el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento de reconocimiento de la OEDE, y que ha constatado la existencia de pruebas sólidas de que las condiciones en el Estado miembro emisor son incompatibles con el derecho fundamental a un proceso equitativo porque el propio sistema judicial del Estado miembro emisor ya no está funcionando conforme al Estado de Derecho, compruebe, concreta y precisamente, la exposición de la persona reclamada al riesgo de quedar sujeta a un proceso no equitativo tras el reconocimiento y ejecución de la OEDE en el caso de que dicho proceso se sustancie en un sistema que ha dejado de funcionar conforme al Estado de Derecho. Y b) Si está obligado el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento de reconocimiento de la OEDE a acudir ante la autoridad judicial emisora para recabar la información complementaria necesaria para descartar la existencia del riesgo de que el proceso no sea equitativo y, en tal caso, qué garantías deberían ofrecerse por la autoridad judicial de emisión, en la hipótesis de que el criterio aplicable exija que se compruebe de forma específica si la persona reclamada se enfrenta a un riesgo real de denegación flagrante de justicia y aquel órgano jurisdiccional haya conclui-

do que se ha producido una vulneración sistémica del Estado de Derecho.

A los efectos de justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial, el tribunal irlandés, basándose en la ya referida propuesta motivada de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2017 y en las conclusiones de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho del Consejo de Europa sobre la situación en la República de Polonia y sobre los efectos de las recientes reformas legislativas en el sistema judicial de este Estado miembro, sostiene que hay razones para afirmar que se han vulnerado los principios inherentes al Estado de Derecho en esta área, según evidencian algunos acontecimientos significativos, tales como: las modificaciones del papel constitucional de salvaguarda de la independencia judicial atribuido al Consejo Nacional del Poder Judicial, junto con los nombramientos ilegales de magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Gobierno polaco y la negativa de este último a publicar determinadas resoluciones de dicho tribunal; la circunstancia de que el Ministro de Justicia sea ahora también el Fiscal General, facultado para participar activamente en los procedimientos judiciales y que desempeña una función disciplinaria en relación con los presidentes de los órganos jurisdiccionales, lo que podría tener un efecto disuasorio para estos presidentes y, como consecuencia, una incidencia en la administración de justicia; el hecho de que el Tribunal Supremo se vea afectado por la jubilación forzosa de sus magistrados y por los futuros nombramientos, y de que los nombramientos políticos vayan a prevalecer en gran medida en la nueva composición del Consejo Nacional del Poder Judicial; y la grave alteración de la integridad y la eficacia del Tribunal Constitucional, que impide garantizar plenamente que las leyes de Polonia respeten



la Constitución polaca, lo que basta en sí mismo para crear repercusiones en el conjunto del sistema judicial penal.

Aunque en su planteamiento la cuestión prejudicial se centra en denunciar la exposición de la persona reclamada al riesgo de quedar sujeta a un proceso no equitativo ante los tribunales penales del Estado de emisión tras el reconocimiento y ejecución de la OEDE, por la vulneración en dicho Estado de los principios inherentes al Estado de Derecho en la organización y funcionamiento de los tribunales de justicia, la Gran Sala del TJUE también aborda el problema desde la perspectiva de las exigencias aplicables al órgano judicial emisor de la OEDE, en cuanto integrante del sistema judicial afectado por dicha situación. Así, la sentencia subraya que, dado que la OEDE pretende establecer un sistema simplificado de entrega directa entre “autoridades judiciales” para garantizar la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia, la salvaguarda de la independencia de tales autoridades resulta primordial en el marco del mecanismo de la OEDE. Este mecanismo de cooperación “se basa en el principio de que las decisiones relativas a la OEDE disfrutan de todas las garantías propias de las resoluciones judiciales, en especial de las que se derivan de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos fundamentales establecidos en el art. 1, apartado 3, [de la DM sobre OEDE]”, y ello “implica que no solo la decisión relativa a la ejecución de la OEDE, sino también la relativa a la emisión de tal orden, deben ser adoptadas por una autoridad judicial que responda a las exigencias de la tutela judicial efectiva -entre las que se cuenta la garantía de independencia-, de modo que todo el procedimiento de entrega entre Estados miembros previsto en la Decisión

Marco 2002/584 se desarrolle bajo control judicial” (§§ 55 y 56).

La sentencia de la Gran Sala del TJUE destaca que en el marco del procedimiento penal seguido contra la persona reclamada en el Estado de emisión de la OEDE (que quedaría fuera del ámbito de aplicación de la DM sobre OEDE y del Derecho de la UE), los Estados miembros siguen estando obligados a respetar los derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) o por su ordenamiento nacional, incluido el derecho a un proceso equitativo (consagrado por el art. 6, ap. 1, del CEDH y por el art. 47, párr. 2º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>16</sup>) con todas las garantías que de ello se derivan. Además, la sentencia del TJUE acepta el planteamiento sugerido por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial en el sentido de admitir la aplicación analógica de la doctrina del propio TJUE reflejada en la sentencia de 5 de abril de 2016, recaída en los asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU (Aranyosi y Căldăraru)<sup>17</sup>, en virtud de la cual se reconoce, con ciertos requisitos, la facultad de la autoridad judicial de ejecución de la OEDE de poner fin al procedimiento de entrega establecido en la DM sobre OEDE y de abstenerse, con carácter excepcional, de dar curso a la OEDE cuando la entrega entrañe el riesgo de que la persona reclamada sea sometida en el Estado de emisión a un trato inhumano o degradante, con vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 3 del CEDH y en el art. 4 de la propia Carta

16 De acuerdo con esta norma “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”.

17 ECLI:EU:C:2016:198. Hay un comentario a esta sentencia en mi trabajo ya citado “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....”, págs. 131 a 134.

de los Derechos Fundamentales de la UE. El fundamento de esta doctrina se halla en el art. 1.3 de la DM sobre OEDE (según el cual, dicha norma “no puede tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la UE”), y en el carácter absoluto del derecho fundamental garantizado por el art. 4 de la Carta. El TJUE afirma que, al igual que sucede ante un riesgo real de infracción del art. 4 de la Carta, la existencia de un riesgo real de que la persona reclamada por medio de una OEDE sufra, en caso de ser entregada a la autoridad judicial emisora, una violación de su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, del contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo, garantizado por el art. 47, párr. 2º de la Carta, puede permitir a la autoridad judicial de ejecución abstenerse, con carácter excepcional, de dar curso a dicha OEDE, sobre la base del art. 1.3 de la DM sobre OEDE, porque “la necesidad de independencia de los jueces está integrada en el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros, enumerados en el art. 2 TUE, en particular, del valor del Estado de Derecho”. Esto es, “todo Estado miembro debe garantizar que aquellos órganos que, en calidad de «órganos jurisdiccionales» –en el sentido definido por el ordenamiento jurídico de la Unión–, formen parte de su sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva”, para lo que “resulta primordial preservar la independencia de tales órganos, como así

lo confirma el art. 47, párr. 2º, de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez «independiente»”. En el ámbito específico de la OEDE esta conclusión resulta particularmente relevante, toda vez este mecanismo de reconocimiento mutuo de resoluciones penales parte de la premisa “de que los órganos jurisdiccionales penales de los demás Estados miembros, que deberán sustanciar el procedimiento penal de persecución o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad y el procedimiento penal de fondo una vez ejecutada la OEDE, cumplen las exigencias de la tutela judicial efectiva, entre las que figuran, en particular, la independencia y la imparcialidad de dichos órganos jurisdiccionales” (cf. §§ 46 a 48, 52, 53, 58 y 59 de la sentencia).

La sentencia del TJUE concreta el contenido de los principios de independencia e imparcialidad judicial y las garantías inherentes a los mismos, señalando que la independencia es consustancial a la función de juzgar y engloba dos aspectos: uno de orden externo, que impone el ejercicio de las funciones del órgano jurisdiccional “con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas”; y que demanda ciertas garantías (idóneas para proteger a las personas que tienen la misión de juzgar), como la inamovilidad y la percepción de unas retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones ejercidas. El segundo aspecto, de orden interno, “se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a

las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio”, lo que exige “el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica”. Además, las garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas –especialmente en lo referente a la composición del órgano judicial, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de abstención, recusación y cese de sus miembros, y los procedimientos disciplinarios contra éstos– “que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio”, y entre las que se incluye, en particular, la exigencia de que “los supuestos de cese de sus miembros estén previstos en disposiciones legales expresas” (§§ 63 a 67).

Finalmente, la Gran Sala subraya que, conforme al considerando 10 de la DM sobre OEDE, la aplicación del mecanismo de la OEDE solo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el art. 2 del Tratado de la UE, constatada por el Consejo Europeo en aplicación del art. 7 apartado 2 del Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 3 del mismo precepto, por lo que solo en la hipótesis de suspensión por el Consejo de la aplicación de la DM sobre OEDE en relación con un Estado miembro “estará obligada la autoridad judicial de ejecución a denegar automáticamente la ejecución de cualquier OEDE emitida por dicho Estado miembro, sin tener que efectuar ninguna comprobación concreta del riesgo real que corre la persona de que se trate de que

se viole el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo” (§§ 70 a 72). Fuera de este supuesto, el TJUE concluye –en la línea de lo resuelto en la citada la sentencia de 5 de abril de 2016– que la autoridad judicial de ejecución únicamente puede abstenerse de dar curso a una OEDE emitida por un Estado miembro “en circunstancias excepcionales en las que dicha autoridad constate, tras una comprobación concreta y precisa del caso de autos, que existen razones serias y fundadas para creer que la persona que es objeto de esa OEDE correrá, tras ser entregada a la autoridad judicial emisora, un riesgo real de que se viole su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo”. A los efectos de realizar esta constatación, la autoridad de ejecución de la OEDE debe, con arreglo al art. 15 ap. 2 de la DM sobre OEDE, solicitar a la autoridad judicial emisora cualquier información complementaria que considere necesaria para evaluar la existencia de tal riesgo, y examinar en qué medida las deficiencias sistémicas o generalizadas relativas a la independencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro emisor, puestas de manifiesto por los datos que obran en su poder, pueden incidir en los órganos jurisdiccionales de dicho Estado competentes para conocer de los procedimientos a los que se someterá a la persona reclamada, tomando en consideración la situación personal de ésta, la naturaleza de la infracción que se le imputa y el contexto fáctico que han motivado la OEDE (§§ 73 a 79).

Al igual que en la caso de la sentencia en los asuntos Aranyosi y Căldăraru, creo que la doctrina del TJUE está sólidamente fundada en el art. 1.3 de la DM sobre OEDE y responde a un adecuado ejercicio de ponderación entre el prin-

cipio de confianza mutua y la exigencia de pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona reclamada, en concreto del derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el art. 47, pár. 2º de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y que comprende la garantía del enjuiciamiento por un juez independiente e imparcial. La denegación del reconocimiento y ejecución de la OEDE queda supeditada a la constatación en el caso concreto de la existencia de un riesgo real y específico de vulneración del derecho al debido proceso, al margen del supuesto de suspensión generalizada de la aplicación del instrumento de reconocimiento mutuo

respecto del Estado emisor de la OEDE al que se refiere el considerando 10 de la DM sobre OEDE. Por lo demás, debe ponerse de relieve que la sentencia de 25 de julio de 2018 en el asunto C-216/18 PPU *LM* no es la única resolución de la Gran Sala del TJUE crítica con el proceso de reformas legislativas relativas al sistema judicial de Polonia promovidas a partir de 2015 por el gobierno del partido populista “Ley y Justicia” (*Prawo i Sprawiedliwość, PiS*), y a las que se achaca su falta de adecuación a los principios básicos vinculados al Estado de Derecho en lo que se refiere a la organización y funcionamiento de los tribunales de justicia integrados en el poder judicial de ese Estado miembro<sup>18</sup>.

---

18 Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Gran Sala de 24 de junio de 2019, dictada en el asunto C-619/18, Comisión Europea contra República de Polonia (ECLI:EU:C:2019:531), y de 5 de noviembre de 2019, dictada en el asunto C-192/18, Comisión Europea contra República de Polonia (ECLI:EU:C:2019:924), referidas al nuevo régimen de jubilación de los jueces y de los magistrados del Tribunal Supremo de Polonia.

# Abogadas bajo el franquismo y juezas en la democracia. Entrevista con María Antonia Lozano

Continuamos la serie dedicada a indagar en la trayectoria vital de mujeres que fueron abogadas en la dictadura y juezas en la democracia, comprometidas entonces y después con un ejercicio de la profesión jurídica vinculado a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Hemos acudido al género de la entrevista como medio para recoger los recuerdos y las reflexiones de nuestras compañeras –todas ellas militaron en el antifranquismo primero y luego en el colectivo Juezas y jueces para la democracia– sobre la práctica del derecho en uno y otro contexto. Marian Lozano –como Manuela Carmena, Elisa Veiga y Ascensió Solé, que ya han sido interpeladas por la revista– formó parte de aquel grupo de jóvenes juristas que, una vez tituladas, decidieron dedicarse a la defensa de los derechos de los trabajadores en los despachos colectivos que se convirtieron en espacios de libertad y de vivencia de un derecho bien alejado del que se enseñaba en la universidad y del que practicaban quienes al servicio del franquismo configuraban jurídicamente al Estado de la dictadura. Su experiencia no debe perderse y ha de formar parte del archivo de los juristas y de la memoria de la justicia. Marian Lozano se acaba de jubilar como consejera del Tribunal de Cuentas. Estas son sus respuestas.

*–¿Qué te llevó al mundo del derecho y a ingresar en la Facultad? ¿Cuál era la cultura que se vivía y reproducía en la universidad de los años sesenta?*

–Entré en la Facultad muy joven, con 16 años, influenciada por mi padre y por algunas de mis amigas del colegio religioso en el que estudié, que habían decidido estudiar derecho. En realidad, no tenía ideas muy claras y la prueba de ello, es que dudé hasta el último momento si hacer derecho o medicina. La Universidad me produjo una impresión enorme, estaba deslumbrada. En ese país y en esa ciudad triste y mojigata, Madrid, era otro mundo. Enseguida mis amigas y yo hicimos amigos, gran novedad en nuestras vidas hasta entonces transcurrida sólo entre mujeres, empezamos a hablar de política, a oír críticas expresadas libremente sobre la dictadura, comentarios sobre la guerra civil, temas tabúes, en general, en las familias burguesas. La vida me dio un vuelco total, me parecía que la Universidad era una isla, eso sí, cercada por la dictadura, con grandes aliados dentro de las Facultades, los profesores y los alumnos franquistas, a destacar los denominados guerrilleros de cristo rey, con un papel similar a una policía paralela.

Tuvo importancia para mí, dentro de los movimientos del 68, la publicación en la revista “Cuadernos para el Diálogo”,

---

entonces el faro de la oposición antifranquista, el manifiesto llamado “de la generación joven”, que recogía muchas de las aspiraciones del 68. Así “no aceptamos el mundo en que estamos inmersos, no lo aceptamos y aún lo rechazamos, negándonos a adquirir la ciudadanía en la sociedad regida por una clase dirigente egoísta, atenta solamente a sus fines materiales e inmediatos, dominada por la angustia de su propia pervivencia, aferrada mediante la rapiña al poder político y económico. Se advierte de la sucesiva pérdida de la libertad del hombre, del que se encuentra en las sociedades desarrolladas, dominadas por grupos de presión y fundidos en el aparato del poder estatal, del que habita en las ciudades subdesarrolladas, cuya precariedad se incuba al socaire de la política y de la economía de las naciones poderosas”. La ley de Prensa de Fraga de 1966 permitió una mayor libertad y así, revistas con *Triunfo*, que tuvo muchas sanciones, y *Cambio 16*, sancionada alguna vez, reflejaron esta nueva situación muy parcialmente, porque operaba la censura y fueron objeto, incluso, de varios secuestros.

El 67 fue el año del primer asesinato de la ETA, Melitón Manzanos, un policía, en el País Vasco, y los debates comenzaron acerca de la violencia, de uso de las armas, de los atentados...

Además, recuerdo especialmente el curso 1967-1968, con un ambiente de absoluta radicalización dentro de la senda del mayo del 68, hubo manifestaciones masivas, sentadas en el paraninfo de la Universidad Complutense. Se ocupó la facultad de Filosofía y Letras por los estudiantes. Se calcula que en el transcurso de esta época fueron detenidos unos dos mil estudiantes, decanos, un rector y el ministro fueron destituidos. Hubo incluso disparos y heridos, varios intentos de ocupación, provocación de incendios en la facultad de

Ciencias y de autobuses que hacían la ruta a la ciudad universitaria, cierre de facultades. Después de la Navidad se cerró la facultad de Ciencias Políticas y Económicas, que se prolongó hasta el 1 de marzo. Los conflictos se propagaron a otras facultades como la de Derecho. El 18 de mayo de 1968 tuvo lugar el concierto de Raimon en la facultad de Económicas, organizado por el SDEUM, sindicato democrático de estudiantes de la Universidad de Madrid; la asistencia fue masiva, se calcula que más de 7000 estudiantes, fuera estaba la policía con una presencia imponente, provistos de tanquetas y caballos. La manifestación que se organizó a continuación tuvo un seguimiento masivo, se cortó el tráfico y los saltos de manifestantes ocuparon el barrio de Argüelles. Raimon compuso una canción “18 de maig a la villa”, en la que, entre otras cosas, se decía que “la ciudad era joven aquel 18 de mayo, por unas horas nos sentimos libres”.

El 20 de enero de 1969 fue asesinado el estudiante Enrique Ruano, tras haber sido detenido por la Brigada Político-Social, a raíz de ello, los conflictos en la Universidad fueron enormes. En Derecho hubo una asamblea masiva, y la manifestación llegó al Arco del Triunfo con gran asistencia, manifestación que se extendió por Madrid. El 24 de enero siguiente se proclamó el estado de excepción, suspendiendo los derechos y dando a la Brigada Político-Social una total libertad de actuación. Se ocupa la Universidad, la policía se instala en las Facultades y hubo numerosas redadas de estudiantes quienes sufrieron malos tratos y torturas en las detenciones. Hubo también destierros de profesores y estudiantes.

Los recuerdos que tengo de esos años en el plano personal se ciñen, entre otras cosas, al miedo, porque estabas enfrente de una dictadura que, desde luego, no iba

a tener la más mínima contemplación para perpetuarse en el poder. La dictadura estaba dispuesta a adoptar todo tipo de medidas contra quienes se le oponían, como la cárcel, torturas y hasta la propia muerte, como, desgraciadamente, en ocasiones sucedió. Por otro lado, recuerdo la tristeza porque ese terror y la vida enfocada hacia la lucha antifranquista, de alguna manera, te hacía sentir que estaban robando tu juventud, y, cuando salías a París o a Londres, si no te habían quitado el pasaporte, la comparación de tu vida con la de los jóvenes europeos universitarios te hacía sentirte muy herida. Eran unas diferencias abismales en todos los aspectos de la vida, la libertad, la sexualidad, la igualdad, el acceso a unas amplias posibilidades culturales de todo tipo. Era tremendo.

Pero más fuerte que eso era el ambiente entre nosotros los estudiantes, de nuestros grupos de amigos y compañeros. Recuerdo la solidaridad, la alegría, las reuniones tan animadas, el ambiente de libertad. Éramos como pequeñas islas dentro del tono tan gris, tan amenazador del país.

—*¿Cuál es el camino que te lleva a la politización y al compromiso contra la dictadura en la Universidad?*

—Empecé a conocer a gente comprometida en la lucha antifranquista desde primer curso. La Facultad de Derecho de aquella época contaba entre sus alumnos, mayoritarios, y, alumnas, muy minoritarias (y sin apenas alumnos de procedencia obrera), a personas de ideología izquierdista, profesores y alumnos brillantes, cultos, que leían a Marx y a Engels, a Sartre, Camus y Simone de Beauvoir, los libros publicados por Ruedo Ibérico, etc, incluso siempre he pensado que mi pasada educación religiosa, desaparecida como fundamento y práctica, influyó en el sentido de la culpa y en el remordimiento frente a la pasividad ante la dictadura, que se convir-

tió en un deber moral y cívico para mí. La pertenencia a organizaciones estudiantiles antifranquistas se me hizo imprescindible y el ejercicio del activismo, necesario. Empecé entonces, al principio de mi carrera, una época de militancia muy activa, reuniones, organización de seminarios, reparto de propaganda, se hacían muchas manifestaciones en la Ciudad Universitaria y Argüelles, como antes he referido, manifestaciones que siempre acababan en detenciones y las detenciones casi siempre en malos tratos y torturas, multas gubernativas y procesamientos por el Tribunal de Orden Público.

Las diferencias que existían entre los diversos grupos antifranquistas que operaban en la Universidad daba lugar a unos amplísimos debates sobre la práctica y la estrategia de cada uno. Las diferencias se fundamentaban, sobre todo, en cómo desarrollar la lucha antifranquista de los universitarios y su confluencia con el movimiento obrero. Había diferentes visiones acerca del papel que podían llevar a cabo los campesinos, las mujeres, las amas de casa. Y había diferentes visiones sobre el futuro, una vez que cayese la dictadura. Hay que tener en cuenta que surgieron muchísimos grupos políticos diferentes y básicamente las tendencias en las que se agolpaban los grupos izquierdistas eran el maoísmo, el comunismo prosoviético, el trotskismo, todos ellos en la tradición del marxismo.

Durante la Universidad milité en organizaciones estudiantiles antifranquistas, fundamentalmente, la FUDE, trabajé en el SDEUM, y, con los cristianos de base. Había en la Facultad sacerdotes como Marzal, que tuvo una gran influencia, había entonces un ambiente en la Iglesia Católica muy innovador y progresista con Juan XXIII y su encíclica *Pacem in terris* (me acuerdo de haber hecho un especie de seminario sobre

---

ella con Manuela Carmena, Paca Sauquillo y Cristina Almeida) y, al final de la carrera, ingresé en el partido comunista, permanecí hasta el final de la dictadura cuando el partido comunista cambió la organización por profesiones y pasó a ser territorial.

–*Hablemos sobre las mujeres y aquella Universidad, que era un universo masculino, el de los profesores y el poder académico, y la incorporación de jóvenes mujeres entre el alumnado. ¿Cómo eran las relaciones? ¿Se vivía la desigualdad o quedaba disfrazada entre otros problemas? La mirada actual es diversa, los valores han cambiado.*

–Efectivamente la mirada actual es diversa, entonces, cuando llegamos a la universidad española era una sociedad eminentemente masculina, como el resto del país, son los valores de la masculinidad, las realizaciones de la masculinidad, las que prevalecen como valores culturales. Una cultura patriarcal donde la mujer ha sido determinada en su comportamiento por una peculiar relación de dependencia. El ir a la Universidad era un privilegio al alcance de pocas mujeres, todas de procedencia burguesa, esa era la regla general. Entonces la mayoría de edad de las mujeres estaba en 23 años, cuando eran solteras. Y cuando estaban casadas necesitaban autorización marital para casi todos los actos de la vida civil, abrir una cuenta corriente en el banco, tramitar el pasaporte. También el adulterio estaba penalizado en el código penal, y además de forma absolutamente desigual para las mujeres, más agravado que para los hombres. El acceso a la carrera judicial les estaba vetado hasta el 28 de diciembre de 1966, ley 96. En todas las facultades, menos en la de Filosofía y Letras, las mujeres éramos una minoría. No había apenas profesoras. Creo que mis compañeras y yo éramos conscientes de ello desde el principio y por eso defen-

díamos la igualdad en las situaciones que nos parecían injustas para nosotras, pero todo ello en un segundo plano, porque lo primero era la lucha por la democracia y las libertades, contra la dictadura. En cierta manera asumimos, ingenuamente, que la igualdad entre los hombres y las mujeres vendría dada de forma casi automática en el momento en que fuésemos un país democrático con libertades.

En esa situación general y dada mi militancia, mis intensas convicciones ideológicas, mi opción por el ejercicio de la profesión de abogada estaba claro, era el mejor instrumento para defender las libertades, para el cambio democrático, para luchar en favor de las clases obreras y desfavorecidas, contra la desigualdad.

–*El aprendizaje del oficio de abogado: ¿Cómo fue? ¿Quiénes fueron tus referentes profesionales?*

–Mi primer referente profesional fue José Luis Núñez Casal, y también Jaime Sartorius, José María Pariente Viguera, Manuela Carmena y Cristina Almeida. Éramos muy jóvenes, tenaces y luchadores, defendíamos con mucha pasión a nuestros clientes. Era una parte de nuestra lucha por el cambio político, por el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, la huelga, los sindicatos de clase.

–*El derecho laboral y las Magistraturas de Trabajo. ¿El derecho laboral era una manera directa de compatibilizar ejercicio profesional y actividad política? ¿Qué relaciones tenían los despachos con el movimiento obrero y sus organizaciones clandestinas? Los despachos colectivos de abogados. ¿Nos cuentas tu experiencia? ¿Quiénes eran tus colegas? ¿Cómo se organizaban los despachos? ¿Se crearon redes entre despachos colectivos de diferentes lugares del país? ¿Qué representaban estos despachos frente a la forma tradicional de ejercicio de una profesión individual?*



—Terminada la carrera, se decidió por la organización de abogados la participación en el Congreso de la Abogacía de León en 1970. Fuimos un grupo grande de abogados de Madrid. Recuerdo que estuve hospedada con Manuela Carmena y María Luisa Suárez.

Yo creo, como también se ha comentado, que el congreso de León fue el momento más importante desde la guerra civil para los abogados. Los temas que se trataron eran progresistas para el régimen y no fue meramente un congreso profesional, sino que inició una ruptura de los abogados con el régimen. En el congreso fuimos muchos los que, yo diría una mayoría, denunciábamos las irregularidades de los procesos, las violaciones de los derechos humanos, durante los seis días que duró. Acudió a inaugurar el Ministro de Justicia Oriol y, cuando se disponía a iniciar su discurso, más de 200 abogados de las primeras filas nos levantamos estrepitosamente y abandonamos la sala. Así empezó el Congreso, las sesiones que siguieron se caracterizaron por ser una auténtica batalla, el decano del Colegio de Abogados de Madrid José Luis del Valle Iturriaga, que era el presidente del congreso, intentó en vano que no se impusieron las tesis progresistas en cada uno de los temas tratados. Se aprobó sin un solo voto en contra la desaparición del TOP (Tribunal de Orden Público), la derogación del decreto ley de 1960 sobre bandidaje y terrorismo. La petición de amnistía fue muy debatida y hubo escasa mayoría. En definitiva, el Congreso anticipó, en cierta manera, la Constitución de 1978 y muchos otros aspectos, no siendo los menos importantes las materias que regulaban el ejercicio de la profesión de abogado (puesta en marcha de la mutualidad de la abogacía, reforma del estatuto general, las incompatibilidades para el ejercicio de la profesión). Fue un duro

aldabonazo contra la dictadura franquista. Al final de ese mismo año 1970 se celebró el llamado juicio de Burgos lo que originó en toda España una contestación en forma de manifestaciones y variadas protestas, que dieron lugar a numerosas detenciones. Hubo un seguimiento internacional. El consejo de guerra elevó en su sentencia las penas de muerte a nueve, cuando el fiscal había solicitado seis. En el discurso de Navidad de este año, Franco anunció el indulto de los condenados a muerte. Penas de muerte que, desgraciadamente, a lo largo de la dictadura todavía debían repetirse así en el caso de Puig Antich, antifranquista anarquista, junto con Heinz Chez, condenado por delitos comunes, ambos ejecutados por garrote vil en 1974 y, en vísperas de la muerte de Franco, el fusilamiento el 27 de septiembre de 1975 de cinco jóvenes.

Empecé a trabajar con José Luis Núñez Casal en el despacho de Getafe hasta que se fundó el de Atocha 49, con Carlos del Río, Manuela Carmena y el mismo José Luis Núñez que, al principio, nos echó una mano. El despacho de Getafe fue para mí un lugar de aprendizaje extraordinario. Se llevaban asuntos laborales, vecinales, toda clase de conflictos sindicales y los problemas derivados de la represión de la dictadura, multas gubernativas, procesos en el TOP.

En el despacho de Atocha el trabajo era tremendo, no sé cómo se empezó a correr la voz de que había unos abogados que atendían gratuitamente y sólo cobraban un porcentaje de lo que el cliente ganaba, y, en caso de que se perdiese el juicio, nada. Claro, esta forma de funcionar no tenía nada que ver con los despachos tradicionales, ni muchísimo menos.

Luego también empezaron a ver que allí trabajaban lo mismo abogados que abogadas y que, a lo mejor, al juicio que

---

tenían en Magistratura no aparecía el que les había atendido en el despacho, sino otro compañero o compañera. Era algo inusual, no sólo para ellos, también para los Magistrados, los funcionarios, los abogados de la empresa, en fin, que empezamos a crear una forma distinta de ejercer la profesión y, al mismo tiempo, a reinterpretar, con una creación que luego se denominó el uso alternativo del derecho, el Derecho Laboral, a exigir el cumplimiento de la regulación fascista que tampoco se respetaba, por ejemplo, las reglamentaciones de trabajo, porque entonces la clase trabajadora no podía reclamar nada, porque no tenía medios, ni sabía cómo hacerlo, ni se atrevía...

El cliente que viene a nuestro despacho sabe que no tiene que pagar nada y le vamos a atender bien y empieza a confiar en nosotros. Como anécdota señalaré que en el Colegio de Abogados algunos abogados plantearon que aquello era competencia desleal porque en aquella época el Colegio había establecido unos honorarios mínimos, pero ese intento no les salió bien. Los despachos crecieron entonces como la espuma, el de Españaoleto, el de Lista, el de Jaime Sartorius y José María Pariente y otros muchos, y todos con una clientela muy grande, porque las colas llegaban hasta la calle.

Mis colegas, abogados laboristas, eran grandes compañeros, recuerdo a Manolo López, un hombre bueno y un profesional extraordinario, muy dedicado a la defensa en el TOP, a Diego Carrasco, a Antonio Rato... mayores que yo, y los compañeros de Barcelona y de Galicia, los miembros del despacho de la calle de la Cruz y demás despachos laboristas que surgieron con posterioridad. También quiero resaltar el valor de mis compañeros, su entrega al trabajo, allí no había horarios de salida.

La forma en que funcionaban estos despachos era revolucionaria, cómo los abogados recibían a los clientes, el estrecho vínculo que se creaba, en muchos casos, se convirtió en amistad duradera... Todo el personal administrativo y demás colaboradores cobraban igual que los abogados. Hasta los propios Juzgados tenían la consideración de que éramos diferentes.

Conseguimos crear un ambiente extraordinario, incluso políticamente también éramos diferentes, a pesar de militar muchos en el PCE, algunos compañeros crearon la OPI (Organización Política de Izquierda), entre ellos, Javier Sauquillo, una especie de oposición contra la vieja guardia del Partido y contra las consignas que muchas veces no éramos capaces de comprender y no compartíamos.

*–Juicios y jueces. ¿Nos puedes describir cuál eran los modos de actuar de los jueces de aquella época? ¿Había modelos o patrones diversos? ¿Qué relación tenían con los abogados? ¿Qué ideas manejaban sobre su rol, la independencia, las garantías procesales? ¿Cómo veías a los jueces de la dictadura y cómo ellos se veían?*

–En el Tribunal de Orden Público los jueces eran personas absolutamente franquistas militantes, que si bien formalmente, en general, actuaban con educación con los abogados, los consideraban auténticos enemigos del Régimen. En cuanto a las pruebas, en la práctica solo valoraban el atestado de la Brigada Político Social. Cortaban sistemáticamente la posibilidad de que los abogados alegaran la existencia de malos tratos lo que, en realidad, era la regla general e impedían que propusieran pruebas sobre ese particular.

El resto de los jueces eran extremadamente conservadores. El modelo de juez era distante, tenía por norma no recibir al abogado, refugiado en su despacho a toda prueba de acceso. Aplicaban sin pro-

blema el derecho de la dictadura, obviando una interpretación de las normas más acordes con los derechos humanos y democráticos. El gran juez Antonio Carretero les llamaba sacrales porque se creían, se comportaban y actuaban profesionalmente, nada más y nada menos, que como compañeros de Dios.

Existía una minoría que deseaba como nosotros la democracia y el final de la dictadura, que eran amables y que pensaban que la justicia emanaba del pueblo y era un servicio público, respetaban las garantías procesales y los derechos de los ciudadanos. Así jueces como Antonio Carretero, Clemente Auger, Claudio Movilla y los más jóvenes, Perfecto Andrés, Juan Alberto Belloch, Luciano Varela y otros.

–*Los jueces de las Magistraturas: ¿Vivían la separación cultural y política? ¿Cómo se desarrollaba el debate procesal? ¿Cómo se reproducía el conflicto social y político en las salas de justicia?*

–En los despachos laboristas la labor profesional fundamental era la que se llevaba a cabo en procesos ante magistrados de trabajo. Estos jueces no escapaban demasiado de la calificación de conservadores que antes refería, pero creo yo que la naturaleza de nuestras demandas y conflictos imprimía un sesgo en los debates procesales, que impedía aplicar soluciones jurídicas carentes por completo de matices receptivos a las demandas de las clases trabajadoras que eran oportunas y razonables, ajustadas a criterios de estricta solidaridad social. Hay que señalar que este nuevo panorama hizo que cuantitativamente aumentase el número de procedimientos judiciales tramitados en las Magistraturas de Trabajo.

Quiero apuntar que, poco a poco, algunos de los jueces de las Magistraturas fueron adoptando actitudes mucho más comprometidas. Como anécdota en apoyo

de lo anterior, señalo que algunos jueces, como el magistrado Juan Antonio Linares, propusieron hacer una huelga de 48 horas cuando el atentado de los abogados de Atocha.

–*El TOP. Nos cuentas tu experiencia. La publicidad de los juicios provocó una huelga de abogados, la suspensión de señalamientos y la sanción de muchos letrados. ¿Cómo eran los juicios en el TOP? ¿Qué diferencias había con los que se celebraban en las Magistraturas? Los jueces que ejercieron en aquella época siempre han afirmado que la represión era una tarea a la que se dedicaban algunos tribunales y que el resto quedaba al margen. ¿Qué opinas?*

–La actividad profesional en el TOP era muy exhaustiva. Tras las detenciones podíamos entrevistarnos con nuestros defendidos, quienes en principio habían prestado declaración ante el juzgado de orden público, solicitar su libertad provisional, recurrir los autos de fianza y de prisión, impugnar el de procesamiento, visitarles en la prisión, preparar la vistas, asistir a los juicios, recurrir contra la sentencia, formular denuncias de malos tratos, o de vulneraciones diferentes de la asistencia letrada, como sobre las visitas de los familiares a la cárcel, etc. También se actuaba con independencia de la concreta militancia política del abogado, como enlace de los presos con el sindicato y con las organizaciones políticas.

El TOP era un Tribunal de excepción, de represión política, exclusivamente instituido para juzgar los delitos políticos contra la dictadura, asociación ilícita, propaganda ilegal, manifestación ilegal....

En el Tribunal Orden Público el enfrentamiento de los jueces con los abogados era constante, conflictos que acababan en expulsiones de la sala e imposición de multas. Con frecuencia tomaban la deci-

---

sión de celebrar el juicio a puerta cerrada, lo que daba pie a protestas de los abogados que en alguna ocasión derivaron en su abandono de la sala. Todo ello motivó una huelga de abogados y otra huelga de silencio. Los juicios eran, en general, extremadamente conflictivos con los magistrados.

Me parece oportuno, al respecto, reproducir lo que escribí hace algunos años para el libro *El juicio de los 23*, de Enrique Barrera, Rafael Pillado y José Torregrosa, publicado por Ediciones Embora: «Empeñarse en ser libre. Cuando llegó el momento en que se iba a juzgar a 23 personas detenidas tras haber disparado la policía en una manifestación obrera el 10 de marzo de 1972 en Ferrol y matado a dos personas, hiriendo a decenas, me encontré que algunos de esas personas procesadas eran amigos personales míos, como Rafael Báñez, abogado como yo. Por eso, el día antes del juicio, Rafa durmió en mi casa y recuerdo que nos despertamos pronto para ir a las Salesas donde debería celebrarse el juicio en el que estaba procesado y yo debía defender a José Manuel Torregrosa Rodríguez, un joven de mi edad. Han pasado 30 años, todo ha cambiado conmigo, el país, su gente, ya no existe la pesadilla de la dictadura incluso, yo, ya no soy abogada sino jueza. Nada tiene que ver con esos momentos tan tensos, tan difíciles como los que se pasaron en ese juicio en el que personas a quienes el Estado dictatorial les enseñaba sus afilados dientes ante su osadía de empeñarse en pensar, en ser demócratas, en ejercitar sus derechos de ciudadanos y de trabajadores libres y no plegarse a ser siervos mudos, oscuros, del franquismo. El juicio lo recuerdo como extraordinariamente impresionante, la tremenda dignidad de los procesados, muchos de ellos en prisión desde los sucesos de marzo, contestando al fiscal, los estupefactos informes de las defensas (cómo

me acuerdo de los de Manolo López, José Luis Núñez o Jaime Sartorius), todo ello dentro de un clima de tensión enorme, agotador, en un ambiente de provocación del gobierno, para hacerlos sentir el peso de su poder omnímodo e intentar amedrentarnos a todos, defendidos y defensores. Es impresionante leer, al repasar las notas del juicio que conservo, las cosas que habían sucedido en Ferrol, en general terribles: las muertes, lesiones, malos tratos y torturas: aunque otras, vistas 30 años después adquieren un matiz ridículo, casi increíble. Así cuando la policía, por ejemplo, registra la casa de mi defendido José Torregrosa, encuentran el siguiente material subversivo: los libros “Fulgur y Muerte de Joaquín Murrieta”, de Pablo Neruda y la Correspondencia de Gorki, así como un dibujo del Che Guevara pegado en la pared sobre la puerta, material ese que es inmediatamente intervenido y de lo que deducen su carácter extraordinariamente subversivo y revolucionario que justifica perfectamente la acusación de asociación ilegal que se le formula y la petición del fiscal, para él, como para el resto de los acusados, enorme y desproporcionada.»

–*El despacho, las salas de justicia y los colegios profesionales se transformaron en espacios del conflicto político a causa de la acción de ciertos colectivos de abogados. Describe tu experiencia y valora su importancia.*

–Los despachos laboristas cumplían varias funciones de importancia en la lucha antifranquista. El ejercicio de la profesión de los laboristas se enfocaba a la protección jurídica de los trabajadores en sus relaciones laborales con las empresas, conflictos, huelgas, asesoramiento en las negociaciones colectivas, era esencial la actuación en la magistratura de trabajo, ante los organismos sindicales franquistas, en conciliaciones obligatorias previas a la

vía judicial con letrados de la Organización vertical franquista.

En los despachos también los abogados ejercían su profesión en defensa de los que con su actividad contra la dictadura sufrían detenciones, procesamientos, penas de prisión. Su actuación se centraba especialmente en el TOP, en la Dirección General de Seguridad, en las visitas a las cárceles donde cumplían condena sus clientes.

Los despachos eran un centro de reuniones, de coordinación entre las organizaciones políticas, laborales y vecinales. Los Colegios de Abogados, y como he contado el notable Congreso de la Abogacía de León, fueron muy importantes para nosotros los abogados laboristas en cuanto que en ellos se continuó desarrollando una aportación fundamental a la lucha por las libertades democráticas. Las Juntas de Gobierno fueron un escaparate de la lucha por la democracia, allí se ponían de manifiesto por nuestra parte las violaciones al ejercicio del derecho de defensa y las vulneraciones de las libertades más elementales. Las elecciones de decanos dieron pie a significativos acuerdos entre abogados de distinta ideología y militancia, unidos por el común deseo de democracia. A lo largo de los últimos años del franquismo hubo varios encierros de abogados en el Colegio de Abogados de Madrid y de Barcelona. También el papel de los "Abogados Jóvenes" fue relevante en los aspectos que menciono. Particular importancia revistió el Congreso de Abogados Jóvenes en el Colegio de Abogados de Barcelona.

–*La represión de la dictadura. Experiencias de la Universidad: ¿te afectó personalmente? La represión sobre los abogados: ¿era selectiva? Nos relatas acontecimientos que vivieras sobre detenciones, registros de despachos profesionales y condenas de abogados. ¿Cómo afectaba a la vida personal y familiar? La matanza de*

*Atocha: ¿qué impacto político y personal tuvo en tu caso?*

–Me detuvieron varias veces, me llevaban a la Dirección General de Seguridad en la Puerta del Sol, 72 horas, luego me ponían en libertad y me imponían multas gubernativas. Con todo ello, surgían problemas familiares.

El asesinato de los compañeros del despacho de Atocha ha sido un suceso que me ha marcado de por vida. Murió un gran amigo y su mujer, compañera mía desde el colegio y amiga íntima, fue gravemente herida y quedó con lesiones a lo largo de toda su vida. Conocía a todos. La impresión del horror sufrido por ellos me acompaña siempre y la sensación de esa violencia sin fundamento, fuera de toda lógica, sin justificación, inhumana, me provoca un rechazo total, absoluto, una condena a la violencia si cabe mayor a la que siempre había tenido. En realidad, incluso ahora habiendo transcurrido tanto tiempo, supone para mí un esfuerzo enorme hablar de todo ello.

–*¿Cómo te enteras de que existe una organización clandestina de jueces, fiscales y secretarios que se oponen a la dictadura y denuncian los abusos? ¿Qué significó Justicia Democrática para el mundo de los juristas comprometidos en la defensa de los derechos de los trabajadores y de los que eran perseguidos por razones políticas? ¿Hubo relaciones o contactos con alguno de los miembros de Justicia Democrática?*

–Mientras fui abogada operó la clandestinidad, ciertamente el trato con algunos magistrados de trabajo en los que era evidente su simpatía por nuestros planteamientos denotaba la existencia de algunos jueces diferentes, demócratas, pero a nivel formal creo que no hubo contacto alguno, por lo menos yo no lo conocí. Supongo que las relaciones se establecieron a nivel

---

de direcciones de las organizaciones anti-franquistas.

–*La transición y los jueces. ¿Qué piensas al respecto? ¿En algún momento se perfiló, y cómo, un modelo de juez diferente? ¿Qué cambios propiciaron la Constitución y la democracia en la cultura y en la práctica de los jueces?*

–Ha sido la Constitución la que perfiló un modelo de juez diferente. Supuso la ruptura absoluta con los valores e imposiciones franquistas. Los valores constitucionales establecen los principios básicos de lo que había de ser la futura organización, en primer lugar, conferir la potestad jurisdiccional en exclusiva a los juzgados y tribunales determinados por la ley, la unidad jurisdiccional, la constitucionalización del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos órdenes. Otras referencias constitucionales como la relación del poder judicial con los otros poderes del Estado, garantizando su independencia, tan solo sometida al imperio de la ley, obligación de los poderes públicos de cumplir las sentencias, prestar su colaboración, sustraer a los jueces de toda injerencia del ejecutivo y la importante garantía del derecho fundamental a la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos. Todos estos valores se van asimilando, la defensa de los derechos humanos se incorpora al ejercicio diario de la jurisdicción, da sentido a la afirmación de que la justicia emana del pueblo, destinatario de las normas jurídicas, que deben ser administradas en su nombre por jueces constitucionales.

–*La amnistía de 1977 no solo afectó a los delitos políticos de los militantes anti-franquistas sino, con carácter preventivo, a los crímenes de la dictadura.*

–En general, se aceptó la política de reconciliación preconizada por el partido

comunista. Es cierto que ello dio origen a que no se depurara al ejército, la policía, la judicatura, siguiendo en sus puestos las personas que reprimieron a los demócratas y que sostuvieron a la dictadura. A cambio, se inicia la democracia y los presos salen de la cárcel, sin derramamiento de sangre. Hubo una enorme generosidad creo yo por parte de los demócratas. También pesaba mucho, creo, el temor al poder del ejército, a un golpe militar, que efectivamente, se produjo el 23F de 1981.

–*¿Por qué y cuándo abandonaste el ejercicio de la abogacía? ¿Qué te llevó a ser jueza?*

–Consideré que como abogada había agotado un ciclo con el advenimiento de la democracia y que me resultaría muy enriquecedora la experiencia laboral en la justicia así que preparé oposiciones y comencé entonces, 1980, mi dilatada carrera en la organización judicial, primero como Letrada de la Administración de Justicia, luego como Magistrada y Letrada del Consejo General del Poder Judicial, y, finalmente, Consejera del Tribunal de Cuentas hasta el final de mi mandato, el pasado mes de noviembre de 2021.

–*Una vez que eres juez, ¿cómo se adecuaron tus valores e ideas sobre el derecho y la justicia a la nueva posición? ¿Qué aportación supuso la incorporación de juristas que, como tú, habían ejercido la abogacía de manera comprometida con los derechos humanos y las libertades?*

–Creo que nuestra mirada como juezas a los conflictos jurídicos que conocíamos, por lo menos en mi caso, tenía un componente de sensibilidad, de comprensión y simpatía humana producto de mi anterior experiencia profesional como abogada, del valor y el impacto en los ciudadanos de las decisiones judiciales. Pero creo que, en general, los miembros de Jueces/as para la Democracia que no tenían esa experiencia

previa también tenían esa misma mirada, que sus resoluciones estaban impregnadas de una sensibilidad especial.

Creo que los Jueces/as para la Democracia, han sabido estar en vanguardia en la consideración de la justicia como servicio público, sobre el derecho penal y la presunción de inocencia, el derecho penitenciario, los menores, el derecho de familia, la corrupción en los órganos jurisdiccionales (las famosas astillas), frente a corruptelas como la ausencia del juez en la práctica de la prueba, el correcto trato a los ciudadanos en los órganos judiciales y en bastantes temas de primordial importancia. En ese sentido, históricamente han tenido importancia los Congresos “La Justicia tiene solución” que abordaron la acomodación en la práctica de la justicia en su aspecto de servicio público a los ciudadanos y a la sociedad en general.

–*¿Qué diferencias adviertes entre los jueces de la dictadura que conociste como abogada en la década de sesenta y setenta, los jueces con los que compartiste trabajo en la democracia y los jueces jóvenes de ahora? ¿Tiene sentido diferencial ser juez progresista hoy?*

–En realidad, anteriormente ya he comentado acerca de los jueces del TOP y, los jueces de la dictadura que aceptaban sin oponer tacha alguna la legislación existente y, en el extremo opuesto, los demócratas, de Justicia Democrática. Con la Constitución se fueron trasladando los valores constitucionales a la práctica judicial. Hoy día el panorama es completamente diferente. Hay ya una mayoría de mujeres juezas, lo que constituye una diferencia fundamental. Y el número global de jueces ha tenido un sustancial aumento, pese a ser inferior en relación con el número de habitantes que el resto de los países de la Unión Europea. La sociedad se ha hecho extremadamente compleja y a esa

dificultad se ha pretendido responder aumentando la especialización de los órganos jurisdiccionales. Me parece que la preparación de los jueces es imprescindible. Enfrente existen los grandes retos, el cambio climático, y, por ende, el control de los vertidos, de las emisiones, la defensa de los espacios naturales, de la biodiversidad, el control de la grandes de las corporaciones tecnológicas, aspectos todos ellos sobre los que los parlamentos, lógicamente, deben legislar. Creo que tiene sentido diferencial ser juez progresista hoy, es evidente que la democracia está amenazada, por el populismo, por los sistemas dictatoriales, por ello es imprescindible la existencia de jueces independientes sustraídos de toda injerencia del ejecutivo que mantengan los valores constitucionales, y que garanticen la defensa de los derechos humanos, porque ellos son los valores que posibilitan la existencia y la supervivencia de la democracia.

–*La profesión de abogada conllevaba, igual que la de jueza, un componente de oficio: cómo estar y presentarse en la sala de justicia, cómo tratar a las partes y a los testigos, la escucha atenta, cómo decir y cómo escribir las resoluciones. En definitiva, cómo ejercer un rol que incorporaba un importante componente de autoridad. Cómo te planteaste el reciclaje profesional en este aspecto. ¿Había modelos entre los jueces? ¿Servían de referencia? ¿O eran contramodelos para alguien que venía, como tú, del ejercicio colectivo de la abogacía en defensa de los derechos y frente a los poderes?*

–Era muy consciente cuando empecé a ejercer como jueza que solo haciendo bien mi trabajo, con calidad técnica y humana, interpretando y aplicando el derecho, con empatía, sensibilidad, respeto hacía las partes del proceso, podía legitimar ese componente de autoridad que el oficio de

---

jueza conlleva. Creo que precisamente el modo de ejercer los jueces con los que, en mis años de abogada, durante la dictadu-

ra, había llevado la defensa de los intereses de mis clientes, precisamente daban la medida del "contra modelo" de juez.



### **Las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de consumidores**

Raquel Blázquez Martín

La Sala de lo Civil del TS ha planteado, en los últimos años, diecinueve cuestiones prejudiciales al TJUE, y prácticamente un tercio han versado sobre materias netamente relacionadas con la protección de los consumidores. En la dinámica de las remisiones prejudiciales, la posición de los Tribunales Supremos de los Estados miembros tiene algunas peculiaridades, porque son los órganos de última instancia por excelencia, lo que conlleva dos obligaciones indeclinables: plantear la cuestión prejudicial si tienen dudas sobre la interpretación de una norma europea y motivar suficientemente la denegación del planteamiento instado por alguna de las partes. A su vez, los Tribunales Supremos, que tienen encomendada la garantía de la interpretación uniforme de las normas jurídicas de derecho interno, pueden ver cuestionada su jurisprudencia ante el TJUE por los tribunales «inferiores», que deben asumir por entero la responsabilidad de trasladar correctamente, en sus cuestiones prejudiciales, el marco jurídico nacional. Al hilo de estas ideas se analizan las tres últimas remisiones prejudiciales del TS, relacionadas con los controles de transparencia y abusividad de la comisión de apertura, la confrontación entre los principios procesales de derecho interno y el principio de efectividad del derecho de la UE y, por último, el plazo de prescripción de las reclamaciones por los gastos de los préstamos hipotecarios asumidos por el deudor.

*The Civil Chamber of the Spanish Supreme Court has raised, in recent years, nineteen questions for a preliminary ruling to the CJEU, and practically a third have dealt with matters clearly related to consumer protection. In the dynamics of preliminary references, the position of the Supreme Courts of the Member States has some peculiarities, because they are the last instance bodies par excellence, which entails two unavoidable obligations: to raise the question for a preliminary ruling if they have doubts about the interpretation of a European standard and sufficiently justify the refusal of the approach requested by one of the parties. In turn, the Supreme Courts, which are entrusted with guaranteeing the uniform interpretation of the legal rules of domestic law, may see their jurisprudence questioned before the CJEU by the “lower” courts, which must fully assume the responsibility of correctly translating, in its preliminary questions, the national legal framework. In line with these ideas, the last three preliminary references of the Supreme Court are analyzed, related to the transparency and abusiveness controls of the opening commission, the confrontation between the procedural principles of internal law and the principle of effectiveness of EU law and, lastly, the limitation period for claims for mortgage loan expenses assumed by the debtor.*

---

## **La protección procesal de los consumidores**

Edmundo Rodríguez Achútegui

En este artículo se estudian las principales debilidades del ordenamiento jurídico español en materia de protección de consumidores. Las carencias del procedimiento judicial determinan que la efectiva protección de la parte más débil en el contrato no disponga de instrumentos efectivos para su tutela. Esta situación ha dado lugar al fenómeno de la litigación en masa y ha colapsado los tribunales civiles y mercantiles.

*This article studies the main weaknesses of the Spanish legal system in terms of consumer protection. The shortcomings of the judicial procedure determine that the effective protection of the weakest party in the contract doesn't have effective instruments for its protection. This situation has given rise to the phenomenon of mass litigation and has collapsed civil and commercial courts.*

## **Protección de los consumidores en procedimientos sobre defensa de la competencia. Un nuevo campo de batalla**

José M<sup>a</sup> Fernández Seijo

Este artículo tiene por objeto analizar la incidencia que puede tener la normativa sobre defensa de la competencia tanto europea (artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) como española (artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia) en la protección de consumidores cuando los afectados por prácticas colusorias o por abuso de dominio no sea empresarios, sino compradores finales de bienes o arrendadores de servicio que no se integran en una actividad empresarial. En los distintos apartados se hace referencia al fenómeno de la litigación en masa y a las particularidades procesales y materiales que afectan a la legitimación, al tipo de acciones que pueden entablarse y a la prueba del daño sufrido.

*The purpose of this article is to analyze the impact that the regulations on the defense of competition may have, both European (articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union) and Spanish (articles 1 and 2 of the Law on the Defense of Competition) in the protection of consumers when those affected by collusive practices or abuse of ownership are not entrepreneurs, but final buyers of goods or lessors of services that are not integrated into a business activity. In the different sections, reference is made to the phenomenon of mass litigation and to the procedural and material particularities that affect legitimacy, the type of actions that can be brought and proof of the damage suffered.*

## **Intercambio de información positiva de solvencia y protección del consumidor**

Matilde Cuenca Casas

Este artículo analiza los sistemas de información crediticia (SIC) como instrumento de los consumidores para el acceso a los créditos bancarios. La eficiencia de un sistema de información crediticia se basa en la calidad y exhaustividad de los datos. Un fichero de solvencia incompleto es ineficaz, encarece los tipos de interés e incrementa el riesgo de sobreendeudamiento.

*This article analyzes credit information systems (SIC) as an instrument for consumers to access bank loans. The efficiency of a credit information system is based on the quality*

and completeness of the data. An incomplete solvency file is ineffective, makes interest rates more expensive and increases the risk of over-indebtedness.

### **Una nueva mirada a la política pública de defensa de la libre competencia y el mercado. A propósito de la US President Executive Order 14036 de 9 de julio de 2021, *Promoting Competition in the American Economy***

Carlos Padrós Reig

Pese a que la política de defensa de la competencia ha estado dominada en las últimas décadas por el discurso económico de la Escuela de Chicago, basado en la eficiencia de los mercados y el bienestar del consumidor, el origen de la misma tiene un fundamento político claro: la lucha contra la concentración del poder económico. En USA, la nueva administración Biden recoge la tradición original del juez Louis Brandeis (1856-1941) y propugna que el objetivo no debe ser tanto los precios y el bienestar del consumidor sino la democracia a través de la estructura de los mercados y la pluralidad de operadores. El enfoque, pues se traslada de las conductas de los operadores a la misma estructura del mercado.

*Though competition policy has been dominated in past decades by the Chicago School of Economics reasoning, based on market efficiency and consumer welfare, its true origin has a clear political foundation: the fight against the concentration of economic power. In USA, the new Biden administration takes up the original tradition of Judge Louis Brandeis (1856-1941) and advocates that antitrust enforcement should not be mainly directed to prices and consumer welfare but to preserve structure of markets and the plurality of operators, and thus economic democracy. Therefore, the approach swichs from firm conduct to market structure.*

### **Luigi Ferrajoli: una Constitución para la tierra**

Luis Prieto Sanchís

Luigi Ferrajoli, en su obra *Por una constitución de la Tierra*, recientemente publicada, escribe cargado de razón sobre la necesidad ineludible de articular una respuesta desde el derecho, en clave constitucional y a su altura, a los gravísimos problemas que actualmente se ciernen sobre el planeta y que ponen realmente en riesgo la supervivencia de la humanidad. La empresa puede parecer utópica, pero lo realmente utópico, incluso suicida, es pensar que esta situación podría mantenerse durante mucho tiempo.

*Luigi Ferrajoli, in his recently published work *For a Constitution of the Earth*, rightly writes about the unavoidable need to provide a legal response, in a constitutional key and at a high level, to the serious problems the planet is currently facing, which pose a real risk to the survival of mankind. Such undertaking might seem utopian, but it is highly unrealistic, even suicidal, to think that the current situation can be held for a long time.*

### **La libertad como artificio jurídico. Sobre la filosofía de Beccaria**

Dario Ippolito

La filosofía de Beccaria gira y actúa en torno al paradigma doctrinal de la libertad a través del derecho. La libertad, inconcebible en ausencia de leyes e imposible en presencia de poderes arbitrarios, se perfila como la situación jurídica de la persona que puede

---

actuar, dentro de la esfera de lo no prohibido y de lo no vinculado, con la seguridad de no sufrir injerencias ilícitas de los particulares ni de los órganos del estado. Así resulta que la forma del derecho se convierte en materia esencial en la construcción del espacio político idóneo para vivir en libertad. En el análisis propuesto en este artículo, la noción de «libertad política» –que Beccaria recibió de Montesquieu– se encuentra tratada en relación con el orden legal, el derecho penal y el contrato social.

*The philosophy of Beccaria is about the doctrinal paradigm of freedom through law. Freedom, inconceivable in the absence of laws and impossible in the face of arbitrary powers, is defined as the legal position of the person who may act, within the sphere of what is not forbidden and not bound, with the assurance of not suffering unlawful interferences from individuals or state bodies. Thus, the form of law becomes the essential matter in the construction of the suitable political space to live in freedom. In the analysis proposed in this paper the notion of “political freedom” –which Beccaria received from Montesquieu– is addressed in relation to the legal order, criminal law and the social contract.*

### **Notas sobre derecho y eficacia. A propósito de la reforma estructural a través del proceso**

María Carlota Ucín

Propongo en el presente algunas reflexiones acerca de la tutela judicial efectiva de los derechos colectivos en los procesos de reforma estructural. A partir del análisis de una reciente resolución dictada en un proceso en el que se cuestionaban las condiciones de detención en Argentina, se revisa la gravitación de la noción de eficacia procesal para la determinación de la duración de la etapa de ejecución de la sentencia en este tipo de procesos.

*In this paper, I reflect on the the effective judicial protection of collective rights in the context of structural reform cases. Based on the review of a case related to the imprisonment conditions in Argentina, I argue about the gravitation of the concept of procedural efficacy on the determination of the duration of the executive stage in a structural reform procedure.*

### **Sobre el tópico de la perspectiva de género en el proceso penal y la presunción de inocencia: una réplica cordial a Elena Larrauri**

Arturo Muñoz Aranguren

En este trabajo se analizan diversas cuestiones relacionadas con la valoración probatoria del testimonio de la persona denunciante, la posibilidad de condenar con la sola declaración de quien se dice víctima del delito y el rol de la presunción de inocencia en el proceso penal.

*In this paper, several issues related with the probative force of the complainant examination, the possibility of being convicted with the sole witness statement of the alleged victim of the offence and the role of the presumption of innocence in the criminal proceedings are analyzed.*

## **El concepto de autoridad judicial emisora en la jurisprudencia del TJUE relativa a la orden europea de detención y entrega**

José Miguel García Moreno

La orden europea de detención y entrega (regulada por la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002) fue el primer instrumento de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el contexto del espacio común de libertad, seguridad y justicia promovido por la Unión Europea. Este trabajo expone las sentencias más relevantes que desarrollan la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo relativo al concepto de autoridad judicial emisora de la orden europea de detención y entrega al amparo del art. 6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

*The European arrest warrant (governed by Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002) was the first instrument of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in the context of the common area of freedom, security and justice fostered by the European Union. This paper presents the latest developments in the case-law of the Court of Justice of the European Union concerning the concept of issuing judicial authority of the European arrest warrant under article 6 of Council Framework Decision 2002/584/JHA.*

## **Abogadas bajo el franquismo y juezas en la democracia. Entrevista con María Antonia Lozano**

Continuamos la serie dedicada a indagar en la trayectoria vital de mujeres que fueron abogadas en la dictadura y juezas en la democracia, comprometidas entonces y después con un ejercicio de la profesión jurídica vinculado a los derechos fundamentales y las libertades públicas. En este caso con María Antonia Lozano, que fue abogada en un despacho colectivo de abogados laboristas y se acaba de jubilar como consejera del Tribunal de Cuentas.

*We continue the series dedicated to investigating the lives of women who were lawyers during the dictatorship and judges in democracy, committed then and later to a legal profession linked to fundamental rights and public freedoms. In this case with María Antonia Lozano, who was a lawyer in a collective office of labor lawyers and has just retired as a counsellor of the Court of Auditors.*



# Juezas y Jueces *para la* Democracia

**BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN**  
**REVISTA JUECES PARA LA DEMOCRACIA. INFORMACIÓN Y DEBATE**

Empresa: \_\_\_\_\_  
Nombre: \_\_\_\_\_  
Apellidos: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Población: \_\_\_\_\_ C.P.: \_\_\_\_\_  
Provincia: \_\_\_\_\_ País: \_\_\_\_\_  
Teléfono 1: \_\_\_\_\_ Teléfono 2: \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
E-mail: \_\_\_\_\_

### Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 24 €      Europa: 34 €      Resto: 40 €  
(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

**Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos):**

BANCO      OFICINA      DC      Nº CUENTA CORRIENTE  
\_/\_/\_/\_/\_    \_/\_/\_/\_/\_    \_/\_    \_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_/\_

**Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:**

Cuenta número: ES88 2100 / 1913 / 12 / 0200049257  
(Enviar justificante ingreso en Banco de Transferencia a e-mail [suscripciones@maxipack.es](mailto:suscripciones@maxipack.es))

**Tarjeta de crédito:**     **Visa**    -     **Mastercard**

Número tarjeta: \_\_\_\_\_

Fecha de caducidad: \_\_\_\_ \_\_\_\_



**Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:**

**MAXIPACK, S.L.**

Teléfono suscripciones: 91 674 93 00  
E-mail: [suscripciones@maxipack.es](mailto:suscripciones@maxipack.es)

---

Los datos que nos ha facilitado han sido incorporados a un fichero automatizado cuya titularidad y responsabilidad corresponde a Jueces para la Democracia, que tomará las medidas necesarias para garantizar su seguridad y confidencialidad, usándolo para gestionar esta suscripción, así como para realizar comunicaciones. Usted podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación dirigiéndose por escrito a: Maxipack, Departamento de Suscripciones – Tfno.: 916749300.

---









—  
NUEVAMUTUASANITARIA  
—

—  
Tu seguro de salud  
desde tan sólo  
**37€/mes** y ahora  
**sin carencias\***

Y además...

si también **contratas** la  
**póliza de subsidio\* por  
hospitalización**, ahórrate  
un **50% de descuento** en  
este seguro.

—



\*Altas con fecha de efecto hasta el 30 de abril. Consultar condiciones en:  
[www.nuevamuasnitaria.es/condicionespromocion#campania-sin-carencias](http://www.nuevamuasnitaria.es/condicionespromocion#campania-sin-carencias)

\* Las tarifas se incrementarán en un 0,15% en concepto de TCCS. Tarifas mensuales válidas para nuevos asegurados para 2022. Para la revisión de primas en las sucesivas renovaciones, se atenderá a los criterios de actualización anual recogidos en las condiciones económicas de la póliza.

«Con aquel derecho originario de los Estados libres de hacerse la guerra mutuamente en el estado de naturaleza (...) surge inicialmente la cuestión: ¿qué derecho tiene el Estado frente a sus propios súbditos a servirse de ellos en la guerra contra otros Estados, a emplear o arriesgar en ello sus bienes, e incluso su vida, de modo que no dependa de su propio juicio si quieren o no ir a la guerra, sino que puede enviarles a ella la orden suprema del soberano?».

*La metafísica de las costumbres* (1796)  
Immanuel Kant