

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núms. 247-248 | Agosto-Septiembre 2021

ISSN: 2697-1631

Internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada

Javier Martínez Calvo

La *sharí*a islámica en Europa

Nagore Embeita Izaguirre

Anteproyecto de LECrim de 2020 y pruebas de ADN

María Victoria Álvarez Buján

El delito contable

Daniel Fernández Bermejo



CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Revista CEFLegal

Núms. 247-248 | Agosto-Septiembre 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Icíar Cordero Cutillas. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Jaume I

Fernando Díez Estella. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Paula Fernández Ramallo. Abogada en Eric & Fernández Abogados de La Coruña

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Susana García Couso. Letrada del Tribunal Constitucional y profesora de Derecho Constitucional. URJC

Íñigo del Guayo Castiella. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Ximena Lazo Vitoria. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Eva María Menéndez Sebastián. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Vicente Moret Millás. Letrado de las Cortes Generales y Of counsel en Andersen Tax & Legal

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Camino Vidal Fueyo. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos y letrada del TC

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 € en papel / 90 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239



Imprime

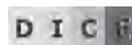
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada 5-36

Practical problems of the involuntary care confinement of elderly people

Javier Martínez Calvo

La aplicación de la *sharía* islámica en Europa: Análisis del asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018, y el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017 37-50

The application of Islamic sharia in Europe: Analysis of the case of Molla Sali, JECHR of December 19, 2018, and the case of Soha Sahyouni against Raja Mamisch, JCJEU of December 20, 2017

Nagore Embeita Izaguirre

Límites temporales de la cosa juzgada (Comentario a la STS de 21 de junio de 2021) 51-56

Casto Páramo de Santiago

Derecho al honor. Sátira sobre el comportamiento de cargos públicos (Comentario a la STS de 14 de junio de 2021) 57-62

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Penal

El anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España 63-98

The text of the draft Law on criminal procedure of 2020 and the DNA evidences

María Victoria Álvarez Buján

El denominado delito contable del artículo 310 del Código Penal. Análisis penal, doctrinal y jurisprudencial	99-134
<i>The accounting crime of article 310 of Criminal Law. A doctrinal, jurisprudential and personal approach</i>	
Daniel Fernández Bermejo	

Casos prácticos

Civil

Cláusula <i>rebus</i> y vulnerabilidad económica	135-143
Adelaida Medrano Aranguren	

Administrativo

Expropiación forzosa	144-158
Julio Galán Cáceres	

Normas de publicación	159-160
-----------------------	---------

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada

Javier Martínez Calvo

*Profesor ayudante doctor (acred. contratado doctor) de Derecho Civil.
Universidad de Zaragoza.*

javiermc@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0001-9658-6744>

Extracto

El aumento de la esperanza de vida y el desarrollo de enfermedades asociadas a la senectud ha provocado que cada vez sean más las personas de edad avanzada necesitadas de asistencia. En muchos casos sus familiares no pueden prestarles eficazmente los cuidados de los que precisan, por lo que se ven obligados a delegar dicha tarea en terceras personas, ya se trate de cuidadores profesionales o de centros especializados. La jurisprudencia más reciente ha considerado que el internamiento asistencial de personas de edad avanzada que carecen de capacidad para consentirlo ha de llevarse a cabo siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, lo que en la práctica plantea diversos problemas, especialmente en lo que concierne a la concurrencia de los requisitos sustantivos y al cumplimiento de las garantías previstas en dicho precepto, así como a la necesidad de revisar todas las medidas de internamiento adoptadas prescindiendo del mencionado procedimiento.

Palabras clave: internamiento asistencial involuntario; edad avanzada; discapacidad.

Fecha de entrada: 29-04-2021 / Fecha de aceptación: 10-06-2021

Cómo citar: Martínez Calvo, J. (2021). Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada. *Revista CEFLegal*, 247-248, 5-36.



Practical problems of the involuntary care confinement of elderly people

Javier Martínez Calvo

Abstract

Increased life expectancy and the development of diseases associated with old age have meant that more and more elderly people are in need of care. In many cases, their relatives are unable to provide the care they need effectively and are forced to delegate this task to third parties, be they professional carers or specialised centres. The most recent case law has considered that the care confinement of elderly people who lack the capacity to consent to it must be carried out following the procedure set out in article 763 of the Civil Procedure Act for involuntary confinement due to mental disorder, which in practice poses various problems, especially with regard to the concurrence of the substantive requirements and compliance with the guarantees provided for in that precept, as well as the need to review all confinement measures adopted without the aforementioned procedure.

Keywords: involuntary care confinement; elderly; disability.

Citation: Martínez Calvo, J. (2021). Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada. *Revista CEFLegal*, 247-248, 5-36.





Sumario

1. Introducción
 2. Régimen jurídico actual del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico
 - 2.1. Normativa supranacional
 - 2.2. Derecho español
 3. Una necesaria relectura de los presupuestos del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico de acuerdo con el nuevo régimen de la discapacidad
 4. La aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios: evolución jurisprudencial
 5. Principales problemas que plantea en la práctica la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios
 - 5.1. Concurrencia de los requisitos sustantivos
 - 5.2. Cumplimiento de las garantías procesales
 - 5.3. Revisión de medidas de internamiento adoptadas sin control judicial
 6. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: Grupo de Investigación y Proyecto de Investigación financiadores de la investigación: Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», II.PP. M.^a Victoria Mayor del Hoyo/Sofía de Salas Murillo.



1. Introducción

Los avances médicos y sociales han ido favoreciendo un alargamiento de la esperanza de vida: cada vez vivimos más y, como consecuencia de ello, el número de personas que integran el colectivo de la tercera edad ha ido creciendo de forma exponencial. Inevitablemente, ello ha ido acompañado del auge de algunas enfermedades propias de la senectud, como demencias, Alzheimer, etc. Enfermedades que en muchos casos impiden el autogobierno a quien las padece, requiriendo de cuidados constantes para garantizar la salvaguarda de su salud e integridad.

Tradicionalmente estos cuidados han sido prestados en el ámbito familiar, principalmente por parte de las mujeres, que son quienes han venido asumiendo en mayor medida el cuidado de los familiares de edad avanzada. Sin embargo, la vida frenética que ha caracterizado a nuestra sociedad durante los últimos años (aunque recientemente se ha visto apaciguada debido a la situación de pandemia provocada por la COVID-19) y la incorporación de la mujer al ámbito laboral, han ido haciendo cada vez más difícil que puedan prestarse los debidos cuidados a las personas mayores en el ámbito familiar. Por ello, no es infrecuente que en ocasiones los familiares de personas de edad avanzada se vean obligados a delegar los cuidados en terceros, ya se trate de personas que les presten asistencia en el propio domicilio o de centros especializados. A veces, ni siquiera es posible optar entre ambas posibilidades y los centros sociosanitarios se convierten en la única alternativa, pues la delicada situación de salud de la persona (a las dolencias psíquicas se unen frecuentemente también otras de carácter físico que no hacen sino más complicada la situación) exigen una atención especializada y constante que difícilmente puede prestarse en el propio domicilio.

Estos supuestos en los que el internamiento de la persona se revela como la única opción idónea para salvaguardar su salud e integridad plantean importantes problemas a la hora de determinar quién está facultado para decidir la adopción de dicha medida. Obviamente, los casos en los que la persona afectada cuenta con capacidad de discernimiento suficiente, la decisión acerca del internamiento dependerá exclusivamente de ella, tal y como prevé expresamente el artículo 4.2 g) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de

la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Pero como adelantaba, no es infrecuente que la aparición de determinadas enfermedades asociadas a la edad limite la capacidad de autogobierno de quien las padece y le impida prestar consentimiento válido para el internamiento; y en estos casos la solución no es sencilla: ¿pueden sus familiares suplir esa falta de capacidad de la persona afectada y acordar con los facultativos su internamiento involuntario sin necesidad de contar con el beneplácito del juez?, ¿o resulta necesario el control judicial?

La carencia de una regulación específica para el internamiento involuntario de personas mayores en centros asistenciales o sociosanitarios no ha hecho sino complicar más la cuestión. La alternativa que se ha planteado para tratar de dar respuesta a estos casos es acudir al procedimiento previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) para el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico. Una posibilidad a la que buena parte de nuestra jurisprudencia se ha venido mostrando reticente durante bastante tiempo, aunque en los últimos años es posible apreciar un cambio de tendencia, especialmente a partir de varios pronunciamientos dictados por el Tribunal Constitucional en el año 2016, que han resultado fundamentales en esta materia, pues en ellos se decanta claramente en favor de la incardinación de este tipo de internamientos en el supuesto de hecho del artículo 763 de la LEC (STC 13/2016, de 1 de febrero –NCJ060891–; 34/2016, de 29 de febrero –NCJ061040–, y 132/2016, de 8 de julio –NCJ061466–).

Ahora bien, la cuestión ni está ni mucho menos resuelta: en primer lugar, porque la nueva filosofía en materia de protección de las personas con discapacidad que se ha instaurado a nivel global tras la promulgación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en el año 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (en adelante Convención de Nueva York de 2006), que ha sido asumida por nuestro legislador a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), exige un replanteamiento del régimen actual del internamiento involuntario; y, en segundo lugar, porque la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios presenta todavía hoy numerosas dificultades prácticas, al tratarse de un precepto que no está pensado para estos supuestos.

Todos estos aspectos serán abordados a lo largo de este trabajo, para lo que comenzaré refiriéndome al régimen jurídico actual del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico y a su necesaria adecuación al nuevo paradigma en materia de discapacidad, lo que exige llevar a cabo una relectura de los presupuestos tradicionales del internamiento involuntario. A continuación, me centraré en la aplicación del artículo 763 de la LEC a los supuestos de internamiento involuntario de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, deteniéndome sobre todo en la evolución que ha experimentado nuestra jurisprudencia y en los principales argumentos que le han ido llevando a posicionarse en uno y otro sentido. Finalmente, pasaré a analizar los problemas prácticos que todavía hoy plantea la aplicación del artículo 763 de la LEC a este tipo de internamientos.

2. Régimen jurídico actual del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico

2.1. Normativa supranacional

Antes de centrarme en la regulación del internamiento involuntario en nuestro derecho interno, resulta obligado hacer una mención a dos normas promulgadas en el seno del Consejo de Europa que han contribuido considerablemente a su configuración actual:

La primera es el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH), cuyo artículo 5.1 e) dispone que:

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...] Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

Parece que con la referencia al enajenado (un término poco apropiado en la actualidad) ampararía el internamiento involuntario de aquellas personas que padecen algún tipo de trastorno psíquico que les impide decidir por sí mismas (SSTEDH de 20 de febrero de 2018 –caso X vs. Rusia–, de 26 de julio de 2011 –caso Karamanof vs. Grecia– y de 17 de enero de 2012 –caso Stanev vs. Bulgaria–).

La segunda norma que quiero mencionar es el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (en adelante Convenio de Oviedo), que en su artículo 7 prevé que:

La persona que sufra un trastorno mental grave solo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

Una norma que estaba prevista que fuera objeto de desarrollo a través de un protocolo adicional sobre el que ha estado trabajando el Comité de Bioética del Consejo de Europa desde hace casi una década, y que precisamente se centraba en la cuestión del internamiento involuntario. Sin embargo, por el momento no ha visto la luz y no parece que vaya a hacerlo próximamente, dadas las críticas que ha recibido desde los distintos sectores involucrados en el ámbito de la discapacidad, que, entre otras cosas, le achacan el incumpli-

miento de los principios que ha sentado la Convención de Nueva York de 2006 en materia de discapacidad¹.

2.2. Derecho español

La Constitución española (en adelante CE) introdujo una serie de principios que han incidido en mayor o menor medida en la configuración del internamiento involuntario: el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad y a no ser privado de la misma sino en los casos establecidos en la ley (art. 17.1), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) y la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que ha de prestar la atención especializada que requieran (art. 49 CE).

Ello contribuyó a que se pasara de un régimen administrativo del internamiento involuntario (Tejedor Muñoz *et. al.*, 2000, p. 2; Lasarte Álvarez, 2012, p. 1; Pallarés Neila, 2014, p. 123), que es el que caracterizaba al Decreto republicano de 3 de julio de 1931 (Gaceta, 7 de julio), al permitir que el internamiento involuntario fuera acordado por «orden gubernativa» (art. 16 a) y no quedar sujeto a control judicial salvo que se recurriera con posterioridad a su establecimiento²; a un régimen claramente judicializado, pues el control del juez ha pasado a ser un requisito imprescindible para que el internamiento involuntario sea lícito.

Así, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela derogó expresamente el Decreto de 3 de julio de 1931 (art. 2.2) e introdujo en el artículo 211 del Código Civil (en adelante CC) un procedimiento exclusivamente judicial para el establecimiento del internamiento involuntario (art. 1). Una regulación que, tras experimentar alguna modificación con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, fue posteriormente asumida por los artículos 760, 762 y 763 de la LEC del año 2000. El artículo 760 se refiere al procedimiento de incapacitación y prevé la posibilidad de que el juez pueda pronunciarse, en su caso, sobre la necesidad de internamiento de la persona que sea declarada incapaz; una medida que puede adoptarse también con carácter cautelar cuando resulte necesaria para la adecuada protección del presunto

¹ En España, dichas críticas se han canalizado principalmente a través del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y Salud Mental España, que en el año 2018 enviaron una carta a los ministros de Asuntos Exteriores y de Sanidad solicitando que el Gobierno español se opusiera a la aprobación del protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales. Disponible en: <<https://bit.ly/32Jg7J4>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

² La intervención del juez se reservaba exclusivamente a aquellos supuestos en los que el internamiento fuera acordado judicialmente como medida sancionadora adoptada en el seno de un procedimiento criminal (Arribas López, 2018, pp. 205-206).

incapaz. Sin embargo, la incapacitación ha desaparecido de nuestro sistema jurídico con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, quedando sustituida por la adopción de medidas de apoyo; y, a la vez, se ha eliminado del artículo 760 de la LEC toda referencia a la posibilidad de que la sentencia que establezca dichos apoyos pueda acordar el internamiento involuntario de la persona afectada.

Por tanto, la regulación del internamiento involuntario se concentrará en el artículo 763 de la LEC; un precepto que inicialmente tenía el carácter de ley ordinaria, pero que tras la llamada de atención del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 131/2010 y 132/2010, ambas de 2 de diciembre (en las que llegó a declarar la inconstitucionalidad del art. 763 LEC, aunque sin decretar su nulidad debido al vacío normativo que ello hubiera supuesto), fue dotada de carácter orgánico a través del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dada la importancia del artículo 763 de la LEC para nuestro estudio, voy a transcribir a continuación parte de su contenido (en concreto, sus párrafos primero y tercero), para luego proceder a su análisis:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

[...]

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al ministerio fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

Como puede observarse, el artículo 763 de la LEC recoge una serie de requisitos sustantivos y procesales para adoptar la medida de internamiento involuntario. Los requisitos procesales están representados por la autorización o ratificación judicial, la audiencia de la persona afectada y del Ministerio Fiscal y el examen del informe médico por parte del juez. Y, respecto a los requisitos sustantivos, exigen que exista un trastorno psíquico, que el internamiento resulte necesario y que la persona afectada carezca de las condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento válido.

Pero dicha regulación puede plantear problemas de compatibilidad con la Convención de Nueva York de 2006 y con la Ley 8/2021. De hecho, pese a que la Convención de Nueva York de 2006 no menciona expresamente el internamiento involuntario, en su artículo 14.1 b) señala que:

[...] los Estados parte asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad, [en clara alusión a la medida del internamiento involuntario].

Por tanto, de acuerdo con el mencionado texto, el padecimiento de una discapacidad no puede justificar dicha medida, tal y como ha señalado reiteradamente el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*vid.* Observación general n.º 1 (2014)³ –puntos 31, 40 y 46–), llegando a negar la legitimidad del internamiento involuntario no solo cuando este se base en una situación de discapacidad, sino también cuando concurren otras circunstancias o factores, mencionando expresamente la «peligrosidad» (*vid.* Observación general n.º 5 (2017)⁴ –punto 82– y Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad (2017)⁵ –puntos 13 y 17–). Incluso llegó a dirigir dos informes directamente a España para pedirle que modifique su normativa relativa al internamiento involuntario, en los años 2011⁶ (resultando de especial interés sus puntos 35 y 36) y 2019⁷ (destacando sus puntos 26 a) y 29).

Aun cuando considero muy discutible que las resoluciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tengan carácter preceptivo para los Estados (en el mismo sentido: de Salas Murillo, 2020, p. 2.231; Mayor del Hoyo, 2020, pp. 3.367-3.369; Martínez de Aguirre Aldaz, 2021, pp. 88 y ss.) y, por tanto, entiendo que nada obsta para

³ Disponible en: <<https://bit.ly/3vw2VDZ>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁴ Disponible en: <<https://bit.ly/2QYfMje>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁵ Disponible en: <<https://bit.ly/3vihSsV>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁶ Disponible en: <<https://bit.ly/3xlwh9D>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁷ Disponible en: <<https://bit.ly/3dNTXf2>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

mantener la posibilidad de internamiento involuntario en nuestra normativa, sí que parece necesario llevar a cabo una reforma que adapte el artículo 763 de la LEC al tenor de la Convención de Nueva York de 2006. Y es que el internamiento ya no puede quedar justificado únicamente en el padecimiento de un trastorno psíquico y en la necesidad de tratar dicho trastorno (como parece amparar el mencionado precepto), pues ello queda prohibido expresamente por el tenor del artículo 14 de la Convención de Nueva York de 2006, siendo imprescindible, a mi modo de ver, que el internamiento resulte necesario para evitar un riesgo de carácter grave e inminente. Téngase en cuenta que, aunque no cabe identificar trastorno psíquico con discapacidad (como en seguida desarrollaré con mayor detalle), este puede incluir también supuestos de discapacidad, y al admitir que el internamiento pueda justificarse exclusivamente en esta causa, contraviene el tenor del artículo 14.1 b) de la Convención de Nueva York de 2006.

Creo que la razón por la que no se ha aprovechado la Ley 8/2021 para acometer la reforma del artículo 763 de la LEC no es otra que la imposibilidad de regular el internamiento involuntario mediante una ley ordinaria, al incidir en el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), tal y como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 131/2010 y 132/2010, ambas de 2 de diciembre. No en vano, la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación trabajó sobre esta posibilidad y llegó a presentar una propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, aunque no prosperó, por lo que el artículo 763 de la LEC permanece inalterado a la espera de una futura reforma.

3. Una necesaria relectura de los presupuestos del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico de acuerdo con el nuevo régimen de la discapacidad

En tanto en cuanto no se produzca la ineludible reforma del artículo 763 de la LEC, parece necesario llevar a cabo una relectura de los presupuestos sustantivos que recoge para que pueda adoptarse el internamiento involuntario de una persona, con objeto de que sea compatible con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, y, en general, con la nueva filosofía que se ha instaurado en materia de protección de las personas con discapacidad.

En síntesis, los presupuestos previstos en dicho precepto son dos: existencia de un trastorno psíquico y carencia de condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento. Además, aunque el artículo 763 no lo mencione expresamente, la jurisprudencia ha venido considerando que para que proceda el internamiento involuntario ha de concurrir un tercer requisito: el carácter necesario del internamiento.

En cuanto al primero de los requisitos, al abordar el concepto de trastorno psíquico creo que es fundamental desligarlo del concepto de discapacidad, pues aun tratándose

de cuestiones muy relacionadas, no son equivalentes. De hecho, la distinción entre ambos conceptos resulta bastante obvia si atendemos a la definición de discapacidad que ofrece la propia Convención de Nueva York de 2006 en su artículo 1, en el que se refiere a las personas con discapacidad como:

[...] aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

A diferencia de la discapacidad, el trastorno puede incluir supuestos que van más allá de las deficiencias mentales o intelectuales, como por ejemplo las adicciones (Santos Morón, 2002, pp. 81 y 84; De Verda y Beamonte, 2016, p. 20; *vid.* también, SAP de La Rioja de 8 de septiembre de 2011) y, además, en el caso de las primeras, no es preciso que tengan un carácter persistente (SAP de Soria de 22 de mayo de 2018) ni que impidan a la persona su participación plena y efectiva en la sociedad, como sí ocurre con la discapacidad. De hecho, una persona con discapacidad puede padecer o no un trastorno psíquico, al igual que una persona que sufra un trastorno psíquico puede padecer o no una discapacidad (que, a su vez, puede derivar o no del trastorno psíquico padecido). A mayor abundamiento, mientras la discapacidad es un concepto de carácter legal, el trastorno psíquico es un concepto médico (Comité de Bioética de Cataluña en su informe sobre el Convenio de Oviedo, 2018⁸), por lo que corresponde a la ciencia médica y no a la ley la determinación de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico (STC 141/2012, de 2 de julio).

El requisito relativo a la carencia de condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento exige que la persona afectada por el trastorno psíquico vea reducida su capacidad de autogobierno hasta el punto de no poder emitir un consentimiento válido para la adopción de esta medida, lo que tendrá que ser valorado por los facultativos.

Pero el requisito clave para garantizar la compatibilidad del internamiento involuntario con el texto de la Convención de Nueva York de 2006 es el carácter necesario del internamiento. Y es que, aun cuando ya hemos visto que no cabe equiparar trastorno psíquico con discapacidad (que, en puridad, es de lo que habla el art. 14 de la Convención), creo que si atendemos a su *ratio legis* sería complicado mantener que el padecimiento de un trastorno psíquico pueda justificar en sí mismo el internamiento involuntario de una persona, sobre todo si tenemos en cuenta que el trastorno psíquico puede comprender también supuestos de discapacidad. Por ello, considero que junto al padecimiento de dicho trastorno es preciso que el internamiento resulte necesario para proteger la salud y la integridad de la persona de edad avanzada. E incluso iría más allá y me atrevería a decir que el internamiento no solo tendría que ser necesario, sino que a mi modo de ver habría de ser

⁸ Disponible en: <<https://bit.ly/3tQqiY9>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

imprescindible. Y solo será imprescindible en aquellos casos en los que constituya la única forma de proteger a una persona de determinado peligro para su salud o su vida, un peligro que por hipótesis habría ser grave e inminente (pues en otro caso podría acudir a medidas menos gravosas, por lo que el internamiento ya no se tornaría imprescindible, y, a mi juicio, no quedaría justificada su adopción). Por tanto, no bastaría ya con que el internamiento fuera necesario en sentido abstracto (ej., para tratar el trastorno), sino que habría de serlo a los efectos concretos de apartar a la persona de un peligro grave e inminente para su integridad o incluso para su vida. Creo que solo en este caso podría resultar compatible el internamiento involuntario con el artículo 14 de la Convención; y, además, únicamente así se verían satisfechos los principios de necesidad y proporcionalidad que han de guiar al internamiento involuntario de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal Constitucional (ATC 127/2015, de 20 de julio).

Por ello, sería interesante que se incluyera en el artículo 763 de la LEC la misma previsión que se recoge en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 9.2 b) permite que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización.

En consonancia con la postura que venga manteniendo, de acuerdo con la cual habría que reservar el internamiento involuntario exclusivamente para aquellos casos en los que exista un peligro grave e inminente para la persona afectada, me atrevería a proponer *de lege ferenda* que se eliminara el procedimiento ordinario de internamiento y se creara un único procedimiento de carácter extraordinario o urgente⁹, pues si existe un peligro grave e inminente, el internamiento siempre será urgente (Sánchez Barrilao, 2013, pp. 199-200 y 208); y si no es así, entonces creo que no estaría justificado acudir a una medida tan gravosa como el internamiento involuntario.

4. La aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios: evolución jurisprudencial

Es evidente que el legislador, al establecer el régimen actual del internamiento involuntario, no estaba pensando en el internamiento de personas de edad avanzada en estable-

⁹ Y creo que ello debería ir acompañado de un fortalecimiento de algunas de las garantías previstas actualmente para la vía de urgencia, y, especialmente, de un acortamiento de los plazos para que el juez se pronuncie sobre la ratificación o reprobación del internamiento.

cimientos sociosanitarios, lo que ha planteado tradicionalmente la duda de si el ámbito de aplicación del artículo 763 de la LEC puede extenderse también a este tipo de internamientos. La cuestión no es baladí, pues si partimos de una respuesta afirmativa, el internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios habría de cumplir todas las garantías previstas en el mencionado precepto, y, entre ellas, el oportuno control judicial.

La Fiscalía General del Estado ya se posicionó a favor de aplicar a este tipo de internamiento el procedimiento del artículo 763 de la LEC (anteriormente recogido, como sabemos, en el art. 211 CC) a través de su Instrucción 3/1990, de 7 de mayo¹⁰, en la que señalaba que:

[...] viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e incluso telecomunicaciones telefónicas, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas. Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica. Debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico que, en consecuencia, debe primar sobre cualquier condición, siempre, claro es, que se manifieste como expresión de una voluntad libre y consciente; en este supuesto, es el propio anciano quien contrata con el Centro las condiciones y servicios a prestar por este último durante el tiempo que dure el internamiento [...]. En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impida prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código Civil, deberá recabarse preceptivamente la autoridad judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia. Será en estos casos la Autoridad judicial la que debe examinar si las condiciones del ingreso son o no ajustadas a la legalidad y en su caso, autorizar las restricciones que sean imprescindibles para la protección de la salud, integridad física o vida del internado.

Una idea que ha reiterado más recientemente en su Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹¹.

Con anterioridad a que el Tribunal Constitucional dictara las Sentencias 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 8 de julio, con las que, como veremos, parece haberse zanjado la discusión en favor de la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento involuntario de

¹⁰ Disponible en: <<https://bit.ly/3xmyCkE>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

¹¹ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, la jurisprudencia se había mostrado vacilante, siendo posible encontrar pronunciamientos tanto a favor (AAP de Segovia de 17 de febrero de 2004, AAP de Huelva de 6 de marzo de 2007, AAP de Jaén de 8 de mayo de 2009, AAP de Segovia de 27 de marzo de 2010, AAP de Pontevedra de 10 de junio de 2010 y de 31 de marzo de 2011, AAP de Valencia de 13 de julio de 2011, AAP de Pontevedra de 6 de octubre de 2011, AAP de Castellón de 28 de diciembre de 2011, AAP de Madrid de 24 de enero de 2012, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012 y AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012) como en contra (AAP de Barcelona de 24 de julio de 1996 y SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1996, AAP de La Rioja de 30 de diciembre de 2002, AAP de Valladolid de 29 de septiembre de 2005, AAP de Huelva de 28 de marzo de 2006 y AAP de Cádiz de 27 de mayo de 2008, de 2 de junio de 2009 y de 18 de diciembre de 2012). Aunque lo cierto es que se podía apreciar ya una cierta evolución en favor de esta posibilidad, no solo porque los pronunciamientos contrarios a ella eran menos numerosos, sino porque en su mayoría eran también más antiguos que los que se mostraban favorables (Arribas López, 2018, p. 8).

Uno de los argumentos más habituales a los que se ha recurrido para rechazar la aplicación del artículo 763 de la LEC a este tipo de internamientos consiste en negar que en estos casos se pueda hablar de privación de libertad, por ser la edad y las condiciones de las personas las que imponen limitaciones de movilidad y exigen el cuidado continuo de terceros. Así, el AAP de Barcelona de 24 de julio de 1996 y la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1996 se refieren a los ingresos de personas mayores en centros sociosanitarios en los siguientes términos:

La motivación del ingreso es en general un servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos [...] el planteamiento de estas cuestiones como privaciones de libertad no puede ser más desafortunado, porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, quienes imponen limitaciones de actuación con necesidad de auxilio de terceros, de manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, es decir, la recuperación de la autonomía personal cuando no estuviera justificada la continuación del internamiento que limite su movilidad, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea al residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente.

También la SAP de Barcelona de 5 de febrero de 1999 señala:

[...] las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces ni su permanencia en un centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial.

Una doctrina que sería seguida posteriormente por los pronunciamientos de otras Audiencias Provinciales: AAP de La Rioja de 17 de enero de 2000, AAP de Zaragoza de 20 de julio de 2006 y AAP de Cádiz de 18 de diciembre de 2012.

No obstante, a mi modo de ver, cualquier tipo de internamiento supone siempre una limitación del derecho fundamental a la libertad personal, y, si atendemos a la *ratio legis* del artículo 763 de la LEC, parece que no es otra que la de evitar que se produzca cualquier privación de libertad sin el necesario control judicial; por lo que no tendría sentido excluir de su ámbito de aplicación los internamientos de personas de edad avanzada que padezcan trastornos psíquicos, y, por tanto, permitir su internamiento involuntario sin las garantías previstas en el artículo 763 de la LEC (en el mismo sentido, De Verda y Beamonte, 2016, pp. 17, 18 y 24; *vid.* también, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012). Cuestión distinta sería que la persona que residiera en el centro lo hiciera en régimen abierto y se le permitiera salir y mantener contacto libremente con el exterior. Y es que, en tal caso, creo que ni siquiera sería correcto hablar de internamiento, por lo que no cabría aplicar el artículo 763 de la LEC. Así lo ha considerado también la AP de Pontevedra en sus Autos de 31 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011, en los que ha señalado que para hablar de internamiento es necesario que existan barreras físicas que impidan el abandono voluntario del centro a conveniencia de la persona afectada:

Y ello en el entendimiento, como es lógico, de que cuando se habla de internamiento, lo es con referencia a establecimientos en los que existen barreras, físicas o personales, que impidan su abandono voluntario y libre. No cabe hablar de internamiento –y, por tanto, de necesidad de régimen de garantías– si no se dan estas condiciones y el sujeto puede entrar y salir del establecimiento según su voluntad y conveniencia.

En el mismo sentido se pronuncia el AAP de Castellón de 28 de diciembre de 2011; y también buena parte de la doctrina (Sáez-Santurtún Prieto, 2013, p. 2; Navarro Michel, 2019, p. 237), aunque hay quien considera que el artículo 763 de la LEC debería aplicarse también en supuestos de internamiento en régimen abierto (Rodríguez Álvarez, 2013, p. 6).

Otro de los argumentos que utilizaba la jurisprudencia de forma recurrente para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC a este tipo de internamientos es que, salvo que la persona de edad avanzada a la que se pretenda internar manifieste expresamente su oposición al internamiento, no cabría considerar este como involuntario, por lo que quedaría al margen del régimen previsto en el artículo 763 de la LEC. En este sentido, el AAP de Barcelona de 24 de julio de 1996 y la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1996 llegan a utilizar la expresión de internamiento «avoluntario» para referirse a estos supuestos de «inexistencia de manifestación expresa de voluntad», lo que «no equivale a manifestación de voluntad contraria a la entrada o permanencia del anciano en el centro pues de la mera actitud pasiva ciertamente cabe predicar una base de voluntariedad [...] en general no cabe pues decir que se acoge a la persona mayor contra su voluntad sino que no consta su oposición a la resolución que adoptan los familiares». No obstante, parece más que discutible hablar de internamiento «avoluntario» cuando la persona no puede manifestar su voluntad

contraria o favorable al internamiento; y es que, a mi modo de ver, el internamiento, o es consentido, o es involuntario.

Otro argumento al que ha recurrido la jurisprudencia para rechazar la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos que nos ocupan es que el régimen que recoge el mencionado precepto está pensado exclusivamente para los internamientos en centros psiquiátricos, lo que no incluiría establecimientos sociosanitarios cuyo objetivo sea prestar asistencia a personas mayores, como residencias para la tercera edad o centros geriátricos (AAP de Huelva de 28 de marzo de 2006 y AAP de Cádiz de 27 de mayo de 2008 y de 2 de junio de 2009). Sin embargo, poco a poco fueron apareciendo otros pronunciamientos que se mostraban partidarios de la aplicación del artículo 763 al internamiento de personas mayores en centros sociosanitarios; tal y como se proponía también desde la doctrina (Cervilla Garzón, 2008, p. 77). Así, el AAP de Jaén de 8 de mayo de 2009 considera que la normativa:

[...] solo exige que el internamiento lo sea con motivo de un trastorno psíquico, sin que limite el establecimiento de recepción a los hospitales psiquiátricos, pudiendo serlo en un hospital o residencia geriátrica que cuente con los medios médicos hospitalarios especializados al efecto.

También el AAP de Madrid de 24 de enero de 2012 señala que:

[...] será precisa dicha intervención judicial en los casos en que el internamiento tenga un objetivo, no de curación y tratamiento de la enfermedad, sino asistencial, y además con carácter indefinido, en un centro destinado a tal fin, cual acaece con las residencias de ancianos, o las destinadas a individuos que, por sus minusvalías, necesitan, de modo ineludible, de la atención permanente de terceras personas, en orden a la cobertura de sus necesidades básicas que, por unas u otras razones, ya no pueden ser satisfechas, fuera de dicho entorno residencial, por sus parientes más próximos.

Igualmente, el AAP de Segovia de 27 de marzo de 2010 prevé que:

[...] avanzando en el examen literal del precepto transcrito, encontramos que no cataloga la naturaleza del centro de internamiento sino que viene referido a internamiento por razón de trastorno psíquico; es decir fundamenta su razón de ser en la etiología y no en la denominación que más o menos discrecionalmente se otorgue al centro.

Y también los AAP de Pontevedra de 31 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011, en los que señala que, aunque el legislador pudiera estar pensando en centros psiquiátri-

cos, no habría problema en incluir otro tipo de centros bajo el paraguas del artículo 763 de la LEC, que habla de centros en sentido amplio:

[...] es probable que en la redacción del artículo 763 de la LEC (el legislador) tuviera presente los internamientos en centros psiquiátricos. Pero ha de hacerse notar que a lo largo del texto del apartado 1 del citado precepto solo se habla de centro, sin otro aditamento restrictivo. Solo en el apartado 2, y en relación con los menores, se habla de establecimiento de salud mental.

Por ello considera que «desde una perspectiva más amplia, el propio legislador está admitiendo internamientos en centros diversos, no estrictamente psiquiátricos, para los que también concibe la necesidad de autorización o control judicial». Además, entiende que «cuando se habla de establecimiento de salud mental, debe darse cabida en este concepto a todos los servicios destinados a atender a las personas que padecen todo tipo de deficiencia que comporta la imposibilidad de decidir por sí mismos» y que «lo que verdaderamente ha de tenerse por decisivo no es tanto el tipo de establecimiento cuanto el hecho capital de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir sobre el internamiento y que se trate de establecimiento donde la persona ingresada esté privada de libertad deambulatoria [...] que el internamiento sea en un centro especializado para enfermos mentales o en un geriátrico en nada modifica lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto» (en términos semejantes, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012 y AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012).

También el Tribunal Constitucional llegó a pronunciarse expresamente sobre esta cuestión en su Sentencia 13/2016, de 1 de febrero (NCJ060891), en la que señala que para poder ser considerado el centro al que se refiere el artículo 763 de la LEC basta con que «además de cumplir todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico».

Además, en caso de que el centro no fuera adecuado para colmar las necesidades de la persona internada, cabe entender que el órgano judicial ante el que se solicite la ratificación del internamiento podrá solicitar su traslado a otro centro que resulte más apropiado (Rodríguez Lainz, 2016, p. 12).

En todo caso, para evitar cualquier tipo de controversia y aportar mayor seguridad jurídica, quizá no estaría de más que en una futura reforma del artículo 763 se incluyeran expresamente otros centros más allá de los médicos y psiquiátricos (ello en caso de que no se cree un régimen específico para el internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, que creo que sería probablemente la solución más idónea); tal y como ha hecho, por ejemplo, el Código del Derecho Foral de Aragón, que en su artículo 36 menciona diversos tipos de centros al referirse al ámbito de aplicación del régimen del

internamiento involuntario: «para internar a una persona contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial».

Otro de los argumentos a los que se ha recurrido para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios es que el régimen previsto en el mencionado precepto tiene por objeto el internamiento curativo y no asistencial, por lo que no abarcaría los supuestos que estamos analizando, pues en ellos el objetivo del internamiento es básicamente asistencial. Así, el AAP de Cádiz de 18 de diciembre de 2012 señala que:

[...] en el presente supuesto se trata de una persona de edad, con una serie de limitaciones físicas, y psíquicas, con un cierto deterioro cognitivo, más lo que no puede entenderse es que estemos en presencia de un internamiento judicial, autorizado o ratificado, cuando tal medida ni va a solucionar el problema, pues la enfermedad no va a mejorar, ni va a paliar la situación irreversible que le es propia, no viniendo condicionado el internamiento por una enfermedad en concreto y por una decisión médica que lo justifique, sino y al parecer, por razones asistenciales [...] [en términos semejantes, AAP de La Rioja de 30 de diciembre de 2002 y AAP de Valladolid de 29 de septiembre de 2005].

No obstante, tal y como han puesto de manifiesto varios autores, independientemente de si la finalidad es curativa o asistencial, la privación de libertad es la misma (Aznar López, 2000, p. 36; Santos Morón, 2002, p. 97; Elizari Urtasun, 2019, p. 4), por lo que parece que no hay razón para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC a estos supuestos. El mismo sentido se pronunció la AP de Madrid en su Auto de 24 de enero de 2012. Además, al tratarse de una persona con un trastorno psíquico (como hemos visto, es un presupuesto necesario del internamiento involuntario), el centro en el que se lleve a cabo el internamiento tendrá que prestarle las debidas atenciones y el tratamiento necesario para sanar o, cuanto menos, minimizar los efectos del trastorno, por lo que, como señala De Verda y Beamonte (2016, p. 23), el internamiento nunca será exclusivamente asistencial (también, Rodríguez Álvarez, 2013, p. 6). Así ha sido puesto de manifiesto igualmente por la AP de Segovia en su Auto de 27 de marzo de 2010:

[...] aunque obedezca en mayor o menor medida a una finalidad asistencial implica también necesariamente una finalidad terapéutica o al menos paliativa de su enfermedad mental; y así los exámenes, cuidados y supervisiones médicas que a tal fin se realizan [...].

Como vemos, la mayoría de los argumentos que se han esgrimido para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios han ido siendo refutados, avanzando de forma progresiva hacia una

admisión generalizada de esta posibilidad. A ello contribuyó también la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que prevé expresamente en su artículo 4.2 que las personas en situación de dependencia tienen derecho a «decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial» (letra g) y al «ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio» (letra h); así como la Recomendación CM/Rec (2014)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores¹², cuyo punto 43 dispone que:

[...] las personas mayores, en principio, solamente recibirán atención residencial, institucional o psiquiátrica con su consentimiento previo libre e informado. Cualquier excepción a este principio deberá cumplir los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5).

Como adelantaba, esta tendencia favorable a la aplicación del régimen general del internamiento involuntario a los supuestos de internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios se consolidó definitivamente con las SSTC 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 8 de julio, en las que el intérprete supremo de la Constitución zanjó el debate y aclaró de una vez por todas que este tipo de internamientos requiere también de control judicial, por afectar al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE). Una doctrina que, como no podía ser de otra manera, ha sido asumida por el resto de órganos jurisdiccionales de nuestro país, que han aplicado el artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios: AAP de Castellón de 28 de octubre de 2016, AAP de Tarragona de 4 de noviembre de 2016 y de 16 de mayo de 2017, AAP de Cádiz de 25 de septiembre de 2017, AAP de Cáceres de 16 de junio de 2017, AAP de Badajoz de 22 de junio de 2017, AAP de Ávila de 19 de enero de 2018 y AAP de Tarragona de 19 de octubre de 2018.

Y desde luego parece la opción más razonable, pues lo contrario podría amparar privaciones de libertad arbitrarias e incluso constituir una discriminación por razón de la edad (Vico Fernández, 2019, p. 110).

5. Principales problemas que plantea en la práctica la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios

La interpretación extensiva que se ha llevado a cabo del artículo 763 de la LEC ha permitido dotar de un marco jurídico y de unas mínimas garantías al internamiento de personas

¹² Disponible en: <<https://bit.ly/3sKmJBC>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios. Pero la aplicación de un precepto a un supuesto de hecho para el que no está pensado no está exenta de problemas, como vamos a ver a continuación:

5.1. Concurrencia de los requisitos sustantivos

Por un lado, para poder acordar el internamiento involuntario de una persona de edad avanzada en un centro sociosanitario va a resultar necesario que concurren los requisitos sustantivos a los que me he referido en el tercer epígrafe de este trabajo: existencia de un trastorno psíquico, carencia de condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento y carácter necesario del internamiento; y, como es lógico, de faltar alguno de ellos habrá que descartar la medida de internamiento.

No plantea excesivos problemas el requisito relativo a la existencia de un trastorno psíquico, pues tal y como señala la AP de Pontevedra en sus Autos de 31 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011:

El trastorno psíquico a que la ley se refiere no debe limitarse a la enfermedad mental, sino también a aquellas deficiencias y enfermedades seniles que se traducen en trastornos psíquicos padecidos frecuentemente por personas de la tercera edad, a las que ya hemos hecho referencia, como demencia vascular, el mal de Alzheimer, o la enfermedad de Parkinson y otros trastornos mentales orgánicos caracterizados por el deterioro de la memoria acompañado, en algunos casos, de disminución de otras capacidades cognoscitivas con déficit de la capacidad de juicio y pensamiento, deficiencias que registra el DSM-IV. No hay razón alguna para no extender a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías judiciales que establece el artículo 763 de la LEC [en el mismo sentido, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012, AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012 y AAP de Salamanca 135/2018, de 6 de noviembre].

En cuanto al requisito relativo a la falta de capacidad cognitiva o volitiva, ya hemos visto que concurrirá cuando la presencia de un trastorno psíquico prive a la persona de que se trate de la capacidad para tomar una decisión válida acerca del internamiento en el momento en el que haya de emitirse el consentimiento. Ahora bien, el hecho de encontrarse en una fase de edad avanzada no priva *per se* a la persona de su derecho a decidir acerca del internamiento, sino que será necesario que en efecto carezca de capacidad en el momento concreto para adoptar una decisión válida acerca del establecimiento de esta medida. Y es que, si se encontrara en pleno ejercicio de sus facultades cognitivas y volitivas y manifestara su voluntad contraria al internamiento, no cabría imponerlo (Romero Coloma, 2014, p. 11). En todo caso, habrá que atender a las condiciones en las que se encuentra la persona en el momento preciso de decidir el internamiento, puesto que los efectos de un trastorno

psíquico sobre la capacidad decisoria de quien lo padece pueden variar sustancialmente de un momento a otro (Germán Urdiola, 2012, p. 132).

De hecho, el principal problema que plantea este requisito es que hay muchos supuestos en los que el internamiento se adoptó contando con el consentimiento de la persona afectada, pero la evolución de la enfermedad padecida provoca que esta ya no esté en condiciones para decidir la continuación del mismo, lo que entiendo que convierte el internamiento voluntario en involuntario. Por ello, parece que lo razonable es aplicar el artículo 763 de la LEC también a estos supuestos, tan frecuentes en la práctica, en los que el internamiento se produjo de forma voluntaria en un momento en el que la persona contaba con capacidad suficiente para decidirlo y posteriormente pierde dicha capacidad debido al padecimiento de un trastorno psíquico sobrevenido¹³ (AAP de Almería de 10 de octubre de 2012, AAP de Lugo de 17 de octubre de 2012; Romero Coloma, 2014, p. 11; Sánchez Martín, 2020, p. 2)¹⁴. De hecho, la Fiscalía General del Estado señaló ya en su Instrucción 3/1990, de 7 de mayo¹⁵, que:

[...] en el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la autoridad judicial para que esta [...] dicte la correspondiente autorización judicial.

Así ha sido puesto de manifiesto también por el AAP de Castellón de 15 de noviembre de 2012, que señala que:

[...] puede haber ingresado un anciano voluntariamente, y por la evolución tranquila o paulatina de la enfermedad mental llegar a perder la conciencia, con lo que se

¹³ Una cuestión que ha sido expresamente prevista por el artículo 212-6 del Código Civil de Cataluña, que señala que:

[...] si una persona que consintió su propio internamiento por razón de trastorno psíquico ya no está en condiciones de decidir su continuación porque las circunstancias clínicas o el riesgo asociado al trastorno han cambiado de forma significativa, el director del establecimiento debe comunicarlo a la autoridad judicial para que, si procede, ratifique su continuación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 212-5.3.

¹⁴ Lógicamente, lo mismo ocurrirá en aquellos supuestos en los que la persona haya consentido el internamiento y posteriormente cambie de opinión. Una cuestión sobre la que ha tenido ocasión del pronunciarse el Tribunal Constitucional en su Sentencia 182/2015 (NCJ060345): «en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio [...]» es en ese momento «[...] cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del artículo 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial».

¹⁵ Disponible en: <<https://bit.ly/3xmyCkE>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

haría preciso la autorización judicial, que, además afectando a un ya ingresado de antes, se asimilaría al caso de urgencia que exige la inmediata intervención judicial.

Lo que ocurre es que en estos casos es complicado determinar en qué instante preciso se produce la pérdida de capacidad, y, por tanto, el internamiento voluntario se transforma en involuntario; pues es en ese momento en el que nace la obligación del responsable del centro de solicitar al juez la ratificación del internamiento (Elizari Urtasun, 2018, p. 38).

Pero el requisito que quizá pueda plantear mayores problemas es el relativo a la necesidad del internamiento, que, como he expuesto, creo que ha de interpretarse conforme al artículo 14 de la Convención de Nueva York de 2006 en el sentido de que solo será lícito el internamiento involuntario cuando resulte imprescindible para apartar a la persona afectada de un riesgo grave e inminente. En cuanto a la gravedad, supone que el riesgo ha de tener la entidad suficiente como para hacer que el internamiento involuntario constituya la única medida efectiva para hacerle frente. Y es que, como pone de manifiesto Germán Urdiola (2016, p. 40), si la persona puede valerse con ayuda de asistencia domiciliaria o es suficiente su ingreso en un centro abierto o semiabierto no procederá su ingreso en un establecimiento cerrado. Téngase en cuenta que muchas de las solicitudes de internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios responden a la imposibilidad de sus familiares para atenderles y asistirles personalmente, pero creo que ello no será motivo suficiente para recurrir al internamiento involuntario cuando se pueda salvaguardar la salud e integridad de la persona afectada mediante el establecimiento de medidas menos gravosas, como la asistencia en el propio domicilio por parte de un cuidador profesional o cualquiera de las medidas de apoyo previstas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (ej., asistencia a un centro de día).

Además de grave, el riesgo para la persona habría de ser inminente, al menos si se quiere recurrir a la vía de urgencia (que, como he expuesto, creo que habría de convertirse en la única posible), lo que en el caso de las enfermedades degenerativas puede ser discutible, precisamente porque la degeneración se produce de forma progresiva (Navarro Michel, 2019, pp. 240 y 245). No obstante, como pone de manifiesto Elizari Urtasun (2018, p. 37), pueden concurrir circunstancias urgentes de carácter asistencial que, aun no teniendo carácter médico, exijan una respuesta rápida. A mi modo de ver, ello ocurrirá, por ejemplo, cuando se detecte abandono o maltrato por parte de los familiares que vinieran asumiendo sus cuidados, o cuando los apoyos familiares con los que contaba desaparecen por acontecimientos imprevistos: ej., porque solo disponía de un familiar que le prestara cuidados y este sufre una enfermedad o un accidente repentino (*vid.* Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹⁶ –punto 5–).

¹⁶ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

Si atendemos a la jurisprudencia, a modo de ejemplo, el AAP de Ourense de 31 de julio de 2018 ratifica el internamiento voluntario de una anciana que hasta el momento había recibido cuidados por parte de su hijo en el propio domicilio, precisamente debido a que estos no resultaban suficientes para salvaguardar su salud y su integridad. En cambio, en otras ocasiones se ha rechazado el internamiento involuntario urgente de personas de edad avanzada por considerar que no existía un peligro grave e inminente que justificara la urgencia (AAP de Castellón de 28 de octubre de 2016 y AAP de Cádiz de 25 de septiembre de 2017).

5.2. Cumplimiento de las garantías procesales

Por otro lado, la aplicación del régimen del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas mayores en establecimientos sociosanitarios exige que se respeten todas las garantías procesales en él previstas. Entre ellas, será necesario que el internamiento se justifique en un informe médico, lo que puede plantear dificultades, pues el tipo de internamiento que estamos analizando en estas páginas normalmente no se debe a una necesidad médica sino asistencial. Pese a ello, creo que tampoco está de más exigir un informe médico que confirme que existe un trastorno psíquico que incapacita a la persona afectada para decidir acerca de la oportunidad del internamiento y que su situación de dependencia le impide cubrir sus necesidades en su propio domicilio incluso con los servicios de apoyo que pueda tener a su disposición procedentes de familiares o de diversas instituciones públicas o privadas.

Otras de las garantías que habrá que aplicar son las relativas a la información acerca de los motivos en los que se basa la privación de libertad y el ofrecimiento de asistencia letrada. Se trata de garantías que están claramente pensadas para el ámbito penal (STC 341/1993, de 18 de noviembre), pero que se han considerado aplicables a cualquier forma de privación de libertad, lo que incluye el internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios (Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹⁷ –punto 6–). Al respecto, dispone el artículo 17.3 de la CE que:

[...] toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

¹⁷ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

En el caso del derecho a ser informado de los motivos en los que se justifica la privación de libertad, ha sido expresamente recogido por el artículo 5.2 del CEDH¹⁸, y supone que el órgano judicial competente tendrá que estar pendiente de que se haya proporcionado a la persona la información oportuna y «no presuponer su conocimiento por el afectado» (STC 141/2012, de 2 de julio).

Y en cuanto al derecho a asistencia letrada, el artículo 763 de la LEC lo ha incluido expresamente en el régimen general del internamiento involuntario, al disponer que «en todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley». Y este último precepto prevé que el afectado puede «comparecer en el proceso con su propia defensa y representación» y si no lo hiciere, será defendido «por el ministerio fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento. En otro caso, el letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado». Dicho defensor judicial podrá ser «el representante legal del internado [...] o sino quien decida el juzgado» (STC 22/2016, de 15 de febrero), una previsión que creo que habrá de extenderse a la persona encargada de prestarle los apoyos de acuerdo con el nuevo régimen de protección de la discapacidad.

El problema es que estas previsiones pueden resultar excesivas en el caso de los internamientos asistenciales de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, pues supone extender las garantías previstas para una detención de carácter penal o sancionador a una medida cuyo único objetivo es garantizar la protección de la persona en cuyo beneficio se establece (Sánchez Barrilao, 2013, p. 213; Elizari Urtasun, 2019, p. 5).

Y puede resultar igualmente excesiva en este tipo de internamiento la necesidad de control judicial posterior que exige el cuarto párrafo del artículo 763 de la LEC, que señala que:

[...] en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

¹⁸ Una obligación de información que recoge también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.2 (disponible en: <<https://bit.ly/3sV3k0F>>, fecha de última consulta: 26/04/2021).

Al respecto, puede plantear serias dudas que, en estas situaciones crónicas, irreversibles y en muchos casos degenerativas, sea conveniente el control judicial cada seis meses y que los facultativos se vean obligados a informar de la evolución, cuando en realidad la posibilidad de mejoría es remota e incluso en muchos casos inexistente (Germán Urdiola, 2016, p. 41; Elizari Urtasun, 2018, p. 37; en sentido contrario, Rodríguez Álvarez, 2013, p. 4). Y es que creo que someter a una persona de edad avanzada afectada por un trastorno psíquico a continuas visitas, desplazamientos y controles médicos y jurisdiccionales puede traerle más perjuicios que beneficios. Por ello, y con el objeto de causar los menos trastornos posibles a la persona afectada, al menos habría que limitar los exámenes personales a los facultativos, descartando que sean llevados a cabo también por la autoridad judicial, salvo que ello resulte estrictamente necesario. De hecho, el artículo 763.4 de la LEC no exige que el control judicial del internamiento incluya el examen personal del sujeto, pudiendo limitarse por tanto a valorar los informes médicos presentados y tomar con base en ellos una decisión acerca del mantenimiento o no del internamiento. Una posibilidad que sin duda puede resultar criticable en aquellos internamientos que, dada la probabilidad de mejoría de la persona afectada, tengan una vocación temporal; pero que creo que en este tipo de internamientos es la opción más adecuada. Además, considero que sería conveniente que, en una hipotética reforma, se ampliase el plazo de seis meses previsto actualmente en la norma (Navarro Michel, 2019, p. 248), una vez más, con el objeto de causar las menores molestias posibles a la persona de edad avanzada en cuyo beneficio se ha establecido la medida de internamiento.

5.3. Revisión de medidas de internamiento adoptadas sin control judicial

Existen muchos supuestos en los que el internamiento involuntario ha sido acordado sin que concurrieran los requisitos del artículo 763 de la LEC y sin respetar las garantías previstas en dicho precepto, pues ya hemos visto que durante largo tiempo buena parte de la jurisprudencia ha venido negando la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios. A ello hay que añadir que, en ocasiones, se prescinde del procedimiento del artículo 763 de la LEC simplemente porque los familiares de la persona mayor y los responsables del centro desconocen que es necesario el control judicial del internamiento de quien no cuenta con capacidad suficiente para emitir consentimiento válido. La consecuencia es que en todos estos supuestos el internamiento es acordado por los propios familiares y los responsables del centro, sin ningún tipo de control judicial (como ocurrió por ejemplo en el caso enjuiciado por el AAP de Granada de 9 de febrero de 2018, en el que el afectado llevaba casi dos años internado sin que se hubiera puesto en conocimiento de la autoridad judicial). Y muchos de estos internamientos todavía persisten, pues como sabemos, esta modalidad de internamiento se caracteriza precisamente por su vocación de permanen-

cia, debido a las escasas probabilidades de mejoría que presentan los trastornos psíquicos asociados a la edad avanzada.

Por ello, parece que lo lógico sería que todas estas medidas de internamiento que han sido adoptadas al margen de la ley fueran revisadas a la luz de la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero surge la duda de cuál sería el cauce adecuado para ello:

La primera opción en la que cabría pensar sería que el responsable del centro solicitara al juez la ratificación del internamiento aun cuando haya vencido el plazo de 24 horas previsto en el artículo 763 de la LEC para poner en conocimiento del juez la adopción del internamiento por la vía de urgencia. De este modo, podría mantenerse la situación de internamiento de cara a futuro (en caso de que el juez efectivamente ratificara la medida) e incluso regularizar el periodo anterior de internamiento, aunque este no se hubiese adoptado con las garantías legalmente previstas. Una posibilidad que llegó a ser admitida por algunas Audiencias Provinciales, ratificando el internamiento pese a que la persona había estado internada desde años atrás sin que se pasara el correspondiente control judicial (AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012 y AAP de Lugo de 17 de octubre de 2012).

No obstante, a mi modo de ver, la regularización del internamiento involuntario cuando se ha prescindido del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC y no se ha solicitado en tiempo y forma su ratificación judicial es tanto como convalidar una situación ilegal, por lo que creo que ha de rechazarse la aplicación extemporánea del procedimiento de urgencia del artículo 763, tal y como ha señalado la doctrina de forma prácticamente unánime (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2016, p. 566 y ss.; Elizari Urtasun, 2018, p. 28) y como venía poniendo de manifiesto también buena parte de la jurisprudencia (AAP de Madrid de 18 de julio de 2011 y de 24 de enero de 2012). De hecho, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha zanjado definitivamente la cuestión, dejando claro que no cabe la regularización de internamientos involuntarios que en su momento fueron acordados sin respetar las garantías establecidas en el artículo 763 de la LEC. Así, en su Sentencia 34/2016, de 29 de febrero, señala que:

[...] no resulta posible hablar de la regularización de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica [...] no cabe regularizar lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE).

Pero la duda que se plantea entonces es cómo debe proceder el tribunal ante el que se solicita la ratificación del internamiento involuntario de una persona de edad avanzada acordado mucho tiempo atrás: ¿ha de poner fin al internamiento aun cuando constate que la persona precisa ineludiblemente de los cuidados que se le venían prestando en el centro?, ¿o tiene margen para decidir la continuación del mismo?

Al respecto, el Tribunal Constitucional se remite al procedimiento de incapacitación y a la posibilidad de acordar el internamiento como medida cautelar, dando traslado a las personas legitimadas para iniciar dicho procedimiento (SSTC 13/2016, de 1 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio). De hecho, es una solución por la que han optado en ocasiones las Audiencias Provinciales, tanto antes de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del año 2016 (AAP de Madrid de 18 de julio de 2011 y de 24 de enero de 2012) como después (AAP de Cádiz de 25 de septiembre de 2017). El problema es que resulta discutible que esa opción siga siendo posible tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pues la incapacitación ha desaparecido de nuestro sistema jurídico y el nuevo procedimiento de provisión de apoyos que sustituye al procedimiento de incapacitación no contempla la posibilidad de acordar el internamiento involuntario en el seno del mismo (a diferencia de lo que ocurría con el anterior proceso de incapacitación), ni como medida cautelar ni como definitiva (nuevo art. 761 LEC). Además, incluso con anterioridad a la reforma, creo que hubiera resultado desproporcionado privar a una persona de su capacidad únicamente para poder adoptar una medida de internamiento involuntario que en un momento determinado pueda tornarse necesaria (Elizari Urtasun, 2018, p. 35; Navarro Michel, 2019, p. 246). Y es que, como el propio TC reconocía en su Sentencia 34/2016, de 29 de febrero, no toda persona que precisa el ingreso en un centro adecuado debe ser incapacitada. A ello hay que añadir que requerir en todo caso que el internamiento se acordara como medida cautelar en el proceso de incapacitación hubiera exigido que el Ministerio Fiscal insudara el proceso de incapacitación de todas aquellas personas mayores que se encontraran internadas en centros sociosanitarios sin haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2016, p. 579).

Otra opción en la que cabría pensar sería que el juez que deniegue la ratificación del internamiento de una persona por haberse solicitado de forma extemporánea acordara en ese mismo procedimiento su internamiento involuntario con base en la necesidad de garantizar su protección (algo que podría hacer incluso aprovechando para ello el propio auto por el que determina la ilicitud del internamiento urgente y su no ratificación), tal y como propone la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹⁹. Para ello, la fiscal general del Estado se amparaba en la facultad que le concedía al juez el artículo 216 del CC en relación con el artículo 158 del CC (en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021) para adoptar de oficio las medidas que estimara necesarias para salvaguardar el interés de las personas con discapacidad. No obstante, una vez más, me plantea serias dudas que tras la reforma operada por la Ley 8/2021 esta opción vaya a continuar resultando posible, pues el contenido que recogía la anterior redacción del artículo 216 del CC ha desaparecido y no existe en la redacción actual del CC ningún precepto que pueda amparar la adopción de este tipo de medidas por parte del juez.

¹⁹ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

La siguiente posibilidad que cabría plantearse es acudir al procedimiento del artículo 763, bien a la vía ordinaria o bien a la extraordinaria, aunque en este último caso no como mecanismo de regularización de todo el periodo anterior de internamiento, sino dando inicio a una nueva medida de internamiento, pues, como hemos visto, en ningún caso cabe recurrir a esta vía para convalidar o regularizar el internamiento que se ha acordado ilegalmente.

En cuanto a la posibilidad de reconducir el procedimiento a la vía ordinaria del artículo 763 de la LEC (como propone por ejemplo la AAP de Castellón de 28 de octubre de 2016), a mi modo de ver, no resulta la opción más conveniente, pues exigiría la puesta en libertad de la persona aun cuando se constatará la necesidad del internamiento; y no me parece que sea oportuno acordar el cese del internamiento sin evaluar antes la situación personal del sujeto afectado para garantizar que el levantamiento de dicha medida no ponga en riesgo su integridad o su vida. Imaginemos lo que supondría dejar en la calle a una persona con una demencia avanzada y que precisa ineludiblemente de la asistencia que le venía prestando el centro en el que se encontraba internada. Una conducta que incluso podría ser constitutiva de un delito de abandono (art. 229 CP), tal y como ha sugerido algún autor (Navarro Michel, 2019, pp. 245-246).

Además, como ya he señalado, creo que sería recomendable *de lege ferenda* que la vía ordinaria desapareciera de nuestro ordenamiento, pues el internamiento o es urgente (porque exista un peligro inminente para la persona) o debería descartarse y acudir a medidas menos invasivas que no impliquen privación de libertad, ya sea a través de tratamiento ambulatorio (si es que la persona requiere de tratamiento) o prestando la debida asistencia en un centro de día o en el propio domicilio de la persona afectada. Por tanto, si no existe un peligro inminente y grave creo que debería cesar el internamiento, pero no para acordarlo por la vía ordinaria, sino para sustituirlo por otro tipo de medidas. Y en el caso de que sí exista un peligro inminente y grave, no parece que la vía ordinaria sea apropiada, por las razones que he expuesto en el párrafo inmediatamente anterior.

Por todo ello, creo que la opción más adecuada pasaría por acudir a la vía de urgencia del artículo 763 de la LEC, no a modo de regularización de todo el tiempo anterior, pues, como vengo diciendo, al no haberse respetado las garantías previstas en el artículo 763 de la LEC (y, en concreto, la ratificación judicial dentro del plazo previsto) no puede ser objeto de ningún tipo de regularización; sino como una nueva solicitud de internamiento urgente. De hecho, el propio Tribunal Constitucional reconoció en su Sentencia 98/1998, de 4 de mayo, que, si existe «un nuevo título legítimo de privación de libertad», el órgano judicial, «teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso», podrá considerar «la adopción o no de medidas». Para ello, el responsable del centro habría de valorar la situación personal del afectado y, si lo considera preciso, acordar de nuevo el internamiento (repito, como una nueva medida, y no como convalidación de la anterior) y solicitar ante el juez su ratificación. Este tendría que valorar la situación de la persona en ese momento concreto para determinar si concurren o no los presupuestos exigidos por el artículo 763 de la LEC para acordar su internamiento involuntario urgente, y, en caso afirmativo, ratificarlo. En este caso

creo que la urgencia de la medida estaría justificada, además, por la necesidad de poner fin a un internamiento anterior y la situación de desprotección que ello pudiera provocar en la persona en cuyo beneficio se establece la medida de internamiento.

Además, a efectos prácticos, acudir a la vía de urgencia del artículo 763 de la LEC o a las medidas cautelares del procedimiento de incapacitación previsto en la redacción del CC previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 conduce a un resultado similar, que no es otro que el mantenimiento del internamiento. Más aun, creo que recurrir a la vía de urgencia del artículo 763 de la LEC resulta más garantista con los derechos de la persona afectada, pues las garantías previstas en este precepto son mayores que las que se recogían en la fase cautelar del proceso de incapacitación, ya que estas últimas no garantizaban el control judicial del internamiento. Y es que, como pone de manifiesto Elizari Urtasun (2018, p. 39), la evaluación facultativa de la persona y su examen por el juez solo eran preceptivas en el procedimiento principal, y no en la fase de medidas cautelares.

En todo caso, creo que sería conveniente que en una hipotética regulación de este tipo de internamiento se previera un régimen transitorio para aquellos internamientos acordados prescindiendo del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC, con objeto de aportar mayor seguridad jurídica a todas las partes.

Por lo demás, entiendo que el hecho de que no quepa regularizar todo el periodo anterior de internamiento va a tener una importante consecuencia, y es que podrán derivarse las correspondientes responsabilidades por el tiempo que haya durado el internamiento sin pasar por ningún tipo de control judicial. De hecho, la posibilidad de que los responsables de acordar el internamiento involuntario puedan incurrir en responsabilidad civil extracontractual con base en los daños morales que haya podido causar a la persona afectada ha sido puesta de relieve desde hace ya varios años, tanto por parte de la doctrina (Zurita Martín, 2004, p. 217) como de la jurisprudencia (SAP de Albacete de 19 de abril de 2006 y AAP de Lugo de 17 de octubre de 2012). Y más recientemente también se ha posicionado en favor de la misma la Fiscalía General del Estado, a través de su Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores²⁰:

[...] el incumplimiento de las garantías del internamiento urgente adoptado por los responsables de los centros dará lugar a la declaración de vulneración del derecho, a la imposibilidad de regularización del tal periodo de privación de libertad y a la posible exigencia de responsabilidades, pero en ningún caso podrá suponer peligro o perjuicio para las personas cuyo derecho se ha visto vulnerado –punto 9.12–.

²⁰ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

6. A modo de conclusión

El internamiento asistencial en régimen cerrado de una persona de edad avanzada ha de ser consentido por la propia persona afectada, siempre que cuente con capacidad natural suficiente para emitir consentimiento válido. El problema se plantea cuando la persona carece de dicha capacidad natural y el internamiento se revela como la única opción posible para garantizar en un modo efectivo la protección de su salud e integridad. La falta de regulación específica de estos supuestos ha sido solventada por la jurisprudencia mediante la aplicación analógica del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC para el internamiento por razón de trastorno psíquico, lo que ha permitido dotar al internamiento asistencial de personas de edad avanzada de unas garantías mínimas, entre las que destaca el necesario control judicial. Pero la aplicación de un régimen jurídico que no está pensado para estos supuestos provoca importantes disfunciones, especialmente en lo que concierne a la concurrencia de los requisitos sustantivos y al cumplimiento de las garantías previstas en dicho precepto, que pueden resultar ciertamente excesivas para este tipo de internamiento. Por ello, lo conveniente sería dotar al internamiento asistencial de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios de un marco jurídico específico, que tenga en cuenta las peculiaridades que presentan estos supuestos. Igualmente, sería recomendable que se previera un régimen transitorio para aquellos internamientos acordados prescindiendo del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC.

Referencias bibliográficas

- Arribas López, Eugenio. (2018). Los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico: apuntes para una historia normativa inacabada. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 201-218.
- Aznar López, Manuel. (2000). *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Comares.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (2016). Vulneración del derecho a la libertad personal por resoluciones judiciales sobre internamiento involuntario de persona con demencia senil en centro socio-sanitario. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 101, 565-580.
- Cervilla Garzón, María Dolores. (2008). Los derechos fundamentales del anciano internado. En particular, el derecho a la libertad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. En Isabel Zurita Martín (Coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales* (1.ª ed., pp. 67-92). Bosch.
- Elizari Urtasun, Leyre. (2018). Ingresos de personas mayores en centros residenciales. *Indret: Revista para el Análisis del Dere-*

- cho, 1, 1-47. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/332609/423388>.
- Elizari Urtasun, Leyre. (2019). El internamiento asistencial involuntario de personas con discapacidad: problemas actuales y previsión en el Anteproyecto de reforma del Código Civil. *Actualidad Civil*, 1, 1-16.
- Germán Urdiola, María Jesús. (2012). *Tratamientos involuntarios y enfermedad mental*. Aranzadi.
- Germán Urdiola, María Jesús. (2016). El proceso de ingreso no voluntario en residencias de mayores. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 38, 35-42. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5601249.pdf>.
- Lasarte Álvarez, Carlos. (2012). El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio). *Diario La Ley*, 7968, 1-9.
- Martínez de Aguirre, Carlos. (2021). La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir? En Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo (Dir.) y Manuel García Mayo (Coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (1.ª ed., pp. 85-112). Ediciones Olejnik.
- Mayor del Hoyo, María Victoria. (2020). Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 3.359-3.415.
- Navarro Michel, Mónica. (2019). El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial. *Revista de Bioética y Derecho*, 45, 231-251. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/download/27268/28648>.
- Pallarés Neila, Javier. (2014). ¿Podrías decirme, por favor, qué camino he de tomar para salir de aquí? *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 34(121), 115-131. www.revistaaen.es/index.php/aen/article/download/16779/16621.
- Rodríguez Álvarez, Ana. (2013). Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos. *Diario La Ley*, 7958, 1-12.
- Rodríguez Lainz, José Luis. (2016). El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional. *Diario La Ley*, 8763, 1-14.
- Romero Coloma, Aurelia María. (2014). Los internamientos forzosos o no voluntarios: evolución legislativa y problemática actual. *Diario La Ley*, 8241, 1-12.
- Sáez-Santurtún Prieto, Miguel. (2013). El supuesto de internamiento involuntario a raíz de la STC 141/2012 (La Ley 102281/2012). *Diario La Ley*, 8055, 1-4.
- Salas Murillo, Sofía. de. (2020). ¿Existe el derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 780, 2227-2268.
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco. (2013). Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental. *Revista de derecho político*, 87, 179-222. <https://doi.org/10.5944/rdp.87.2013.12774>.
- Santos Morón, María José. (2002). *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*. Tirant lo Blanch.
- Tejedor Muñoz, Francisco Javier; Vega Gutiérrez, Javier y Martínez Baza, Pelegrín. (2000). Aspectos ético-jurídicos del internamiento involuntario en centros sanitarios



por razones de salud mental. *La Ley*, 2, 1.557-1.559.

Verda y Beamonte, José Ramón. de. (2016).

El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 9-28. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/52738/9-28.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Vico Fernández, Gema. (2019). Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Civil*, 1(72), 101-160. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2019-10010100160_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_R%C3%A9gimen_jur%C3%ADdico_aplicable_a_los_internamientos_involuntarios_en_centros_geri%C3%A1tricos:_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional.

luntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Civil*, 1(72), 101-160. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2019-10010100160_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_R%C3%A9gimen_jur%C3%ADdico_aplicable_a_los_internamientos_involuntarios_en_centros_geri%C3%A1tricos:_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional.



La aplicación de la *sharía* islámica en Europa: Análisis del asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018, y el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017

Nagore Embeita Izaguirre

Profesora ayudante de investigación.

Departamento de Economía y Gestión. Universidad del País Vasco

nagore.embeita@ehu.eus | <https://orcid.org/0000-0003-0740-9776>

Extracto

La postura de los ordenamientos jurídicos europeos hacia la denominada adecuación procesal de raíz islámica está siendo objeto de atención por los medios de comunicación europeos, que se hacen eco de los intentos formales y *de facto* de implementación de la *sharía* como ley personal aplicable, tanto de forma sustantiva como procesal, en la solución de conflictos de comunidades musulmanas, en creciente expansión, que reclaman la autonomía plena en la resolución de sus controversias, arguyendo que su identidad religiosa propia es base suficiente para ello, en un contexto cada vez más multicultural de Europa occidental.

Palabras clave: ordenamiento jurídico europeo; *sharía*; contexto multicultural; jurisprudencia TEDH y TJUE.

Fecha de entrada: 14-04-2021 / Fecha de aceptación: 24-05-2021

Cómo citar: Embeita Izaguirre, N. (2021). La aplicación de la *sharía* islámica en Europa: Análisis del asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018, y el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017. *Revista CEFLegal*, 247-248, 37-50.



The application of Islamic sharia in Europe: Analysis of the case of Molla Sali, JECHR of December 19, 2018, and the case of Soha Sahyouni against Raja Mamisch, JCJEU of December 20, 2017

Nagore Embeita Izaguirre

Abstract

The position of European legal systems towards the so-called procedural adequacy of Islamic roots is being the object of attention by the European media that echo the formal and de facto attempts to implement sharía, as a personal law applicable both in a substantive way as procedural in the resolution of conflicts of Muslim communities, in increasing expansión, that claim full autonomy in the resolution of their controversias, arguing that their own religious identity is a sufficient basis for it, in an increasingly multicultural context of Western Europe.

Keywords: European legal system; sharia; multicultural context; EDHC and CJEU jurisprudence.

Citation: Embeita Izaguirre, N. (2021). La aplicación de la *sharía* islámica en Europa: Análisis del asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018, y el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017. *Revista CEFLegal*, 247-248, 37-50.



Sumario

1. Introducción
2. Asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018
3. Asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017
4. Conclusiones
 - 4.1. La multiculturalidad y la internalización de las relaciones jurídicas privadas
 - 4.2. Fórmulas de adaptación de modelos familiares extranjeros ante la alegación del orden público
 - 4.3. Sobre el reconocimiento de las resoluciones extranjeras a nivel europeo
 - 4.4. Sobre la interpretación de la excepción de orden público internacional por el TEDH

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Ante la inmediata presión de esta demanda confesional musulmana, los Estados europeos de las democracias más avanzadas han tratado de buscar cauces legales para acomodar la legitimidad de dicha pretensión en el contexto jurídico general de mantenimiento de los principios y valores que fundamentan el orden público, tal y como lo entendemos en Occidente.

Sin embargo, los cauces utilizados, aun siendo expedientes de utilidad, realmente no han satisfecho plenamente las pretensiones de un importante sector de población de credo musulmán, que continúa reclamando la plena vigencia de la *sharía* como ley personal e interpersonal en aquellos espacios donde haya suficientes fieles convencidos de la necesidad de implementar esta pretensión (Urruela Arnal y Bolaños Cartujo, 2012).

Buena prueba de ello es la articulación legal de políticas de mediación intercultural y el aliento público, sobre todo en el ámbito municipal de la figura de los mediadores interculturales, cuya actividad se encuentra a caballo entre el ámbito de actuación de los graduados sociales y los mediadores civiles *stricto sensu*.

Ciertamente, la mediación intercultural puede ser un instrumento de integración, pero no deja de plantear serios inconvenientes, precisamente porque su naturaleza convencional evidencia el profundo escepticismo que domina esta institución en cuanto a que la posibilidad intercultural, tal y como se está haciendo en países de nuestro entorno inmediato, genera una profunda inquietud, tanto desde una perspectiva estrictamente procesal como desde un enfoque amplio centrado en preservar el orden público y la seguridad nacional.

La preocupante privatización de la justicia sobre bases distintas a las que hemos conocido hasta ahora ha conducido, entre otros aspectos, a promocionar procesos de la llamada «interlegalidad procesal», con pretensión de encajar sistemas de solución de controversias basados en la aplicación de leyes personales de carácter confesional. Esto es lo que sucede en aquellos Estados europeos que han abierto las puertas a la aplicación de la *sharía* por la vía del arbitraje privado. Al mismo tiempo, el recurso a intentos como la mediación intercultural parece que tampoco ha servido de mucho para fomentar la integración social y preservar la seguridad y el orden público de aquellos territorios donde se ha implementado.

A todas luces se hace necesario reflexionar urgentemente sobre la conveniencia de seguir explotando estas vías alternativas de solución de controversias en lugar de dirigir el foco de atención al fortalecimiento de aquellos elementos de derecho público, como las Fuerzas Armadas, las instituciones policiales y el proceso jurisdiccional, que contribuyen a garantizar el acervo de derechos y libertades que, junto al elemental deber de sujeción al ordenamiento jurídico vigente, constituyen elementos irrenunciables del orden público.

Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, dictada el 13 de febrero de 2003:

Sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, since principles such as pluralism in the political sphere and the constant evolution of public freedoms have no place in it and a regime based on sharia clearly diverges from Convention values¹.

Por lo tanto, cualquier Estado que trate de promover una especie de «interlegalidad procesal» en la cual se autorice que parte de sus ciudadanos queden legalmente constreñidos por decisiones que supongan la efectiva aplicación de la *shar*ía cuando sus disposiciones entren en contradicción con el orden público protegido por la ley se desliza por una peligrosa pendiente resbaladiza, que corroe el orden público existente y abre un margen de inseguridad jurídica de consecuencias imprevisibles. En el sentido indicado, se analizarán dos sentencias, una del TEDH y otra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la aplicación de la *shar*ía islámica en Europa.

2. Asunto Molla Sali, STEDH de 19 de diciembre de 2018

La primera de las sentencias para analizar es la que se dictó por el TEDH referente al asunto Molla Sali y en relación con la aplicación de la *shar*ía islámica en Europa. Realizando una aproximación histórica al asunto que analizar, la recepción en Grecia del sistema del *millet* del Imperio otomano (el Imperio otomano se sirvió del denominado «sistema del millet» para organizar y gobernar a los súbditos no musulmanes que vivían en sus vastos territorios. De acuerdo con este sistema, cada una de las comunidades religiosas con reconocimiento oficial dentro del Estado otomano recibía el nombre de millet, y de este modo se le otorgaba cierta autonomía, se le garantizaba la continuidad religiosa y cultural y se le permitía incorporarse al sistema político y económico) (Karpát, 1982, I, p. 142), a través de una serie de tratados internacionales de finales del siglo XIX y principios del XX, explica la subsistencia en la región de Tracia de tribunales islámicos cuyas decisiones, que recaen en materias de matrimonio y familia, son reconocidas y ejecutadas por los tribunales griegos.

A su jurisdicción se someten los musulmanes que residan en esa zona del oeste de Grecia. Tal situación constituye el único caso de aplicación directa de la *shar*ía islámica en Europa (Sezgin, 2017). En este sentido se va a analizar la sentencia del TEDH, Molla Sali, de 19 de diciembre de 2018², teniendo especialmente en cuenta cómo afecta a los derechos fundamentales de la mujer y de los hijos menores de edad, y en el marco de la compatibilidad del estatuto personal con la Constitución griega y las convenciones internacionales suscritas por este país.

¹ Sentencia del TEDH (Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, RI §400629).

² STEDH Molla Sali vs. Grecia, de 19 de diciembre de 2008, 20452/14.

Los razonamientos jurídicos del Tribunal de Estrasburgo son un instrumento de relevancia a fin de enjuiciar la posible recepción del derecho islámico en el marco de los principios y valores de los ordenamientos europeos.

En el caso de la Gran Sala Molla Sali c. Grecia, dictada por el TEDH el 19 de diciembre de 2018, en el que se dilucida la aplicación de la normativa religiosa en la resolución de conflictos familiares y de sucesiones, la demandante alega una vulneración del artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) 1 del convenio, tomado en sí mismo y en conexión con el artículo 14 (prohibición de discriminación) y el artículo 1 (protección de la propiedad) del protocolo n.º 1, en un contexto de derechos sucesorios sobre los bienes de su marido fallecido.

El causante era miembro de la comunidad musulmana de Tracia y su disposición testamentaria atribuía el entero caudal hereditario en favor de la mujer (Código Civil griego), Chatitze Molla Sali³. Pero esta atribución fue impugnada por las hermanas del finado, que pretendían su sumisión a la jurisdicción específica de la minoría musulmana, la sharía, y al muftí (un funcionario, en derecho griego).

El Tribunal de Casación, primero, y luego el de Apelación (en un segundo examen) determinaron que el testamento no tenía valor y que la sucesión debía someterse al derecho estatutario del nacional musulmán. Molla Sali consideraba que había sido discriminada por razón de su religión (art. 9, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).

La Gran Sala enfoca el problema en torno a la discriminación, en la aplicación del derecho sucesorio, de este modo:

Whether there was a difference in treatment potentially amounting to discrimination as compared with the application of the law of succession, as laid down in the Civil Code, to those seeking to benefit from a will as drawn up by a testator who was not of Muslim faith (§ 86, además véase § 122).

Esto es, lo que el tribunal tiene que dilucidar es si se ha producido discriminación, a partir de la interpretación del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 1 del protocolo n.º 1. La sentencia señaló que constituye una discriminación la diferencia de trato sufrido por la demandante como beneficiaria de un testamento realizado según el Código Civil por un otorgante de confesión musulmana comparado con un otorgante no musulmán, lo que no tiene justificación objetiva ni razonable.

³ Téngase en cuenta que «en Derecho islámico los herederos se dividen en dos grupos: los que tienen una cuota o parte fija de la herencia establecida por la ley, variando según concurren o no con otros herederos –herederos *fard*– y los herederos *asab*, que tiene derecho a la sucesión si queda algo de la herencia después del reparto de las cuotas fijas a los *fard* (...). Son herederos *fard* o con derecho a cuota fija el padre y la madre del difunto, el cónyuge superviviente, la hija, la hermana y el hermano uterino, la prima carnal y la hermana consanguínea. Pero su derecho, así como el porcentaje que le corresponde, varía en función de la presencia de otros herederos. Esto da lugar a una ingente casuística, en cuya resolución de los casos prácticos no siempre coinciden las distintas escuelas» (Motilla, 2018).

Recuerda la sentencia que Grecia es el único país en Europa que aplicaba la *sharía* a una parte de sus ciudadanos contra su voluntad y avala a la demandante, que se ha encontrado con una situación que no querían ni ella ni su marido. El fallo destacó que desde enero de 2018 Grecia abolió el régimen que imponía la *sharía* para solucionar asuntos familiares de su minoría musulmana. Tras la pertinente depuración del problema y de los elementos que permiten juzgarlo, la conclusión del tribunal es que ha habido discriminación por causa de la religión del testador:

The applicant, as the beneficiary of a will made in accordance with the Civil Code by a testator of Muslim faith, was in a relevantly similar situation to that of a beneficiary of a will made in accordance with the Civil Code by a non-Muslim testator, and was treated differently on the basis of «other status», namely the testator's religion.

Ahora bien, ¿esta diferencia de trato, con base religiosa, está justificada? La respuesta del tribunal es que no existe una justificación objetiva y razonable para esta diferencia de trato de la testadora (§ 161), y sentencia de modo unánime la violación del artículo 14 del convenio, en relación con el artículo 1 del protocolo n.º 1 del convenio.

El TEDH al final acepta la aplicación de la *sharía* en Europa en ciertas condiciones, aprobando que el recurso a la *sharía* fuera opcional (Motilla, 2018, p. 31). El tribunal estima que un Estado puede, si así lo desea, «crear un cuadro jurídico determinado para acordar a las minorías religiosas un estatuto especial que implique privilegios particulares. Esto es, que un Estado europeo puede conceder a su comunidad musulmana la libertad de regirse por las leyes de la *sharía* sin que esto contravenga la Convención Europea de Derechos Humanos.

Pero, ¿qué condiciones establece dicha sentencia? El respeto a la voluntad de los interesados y los intereses públicos importantes. En relación con la primera condición, el tribunal habla del derecho a la libre identificación, esto es, nadie puede obligarme a ser considerado miembro de una comunidad determinada.

Esto significa que la *sharía* solo puede aplicarse sobre alguien que previamente lo ha aceptado. Asimismo, el tribunal recoge que cualquiera puede renunciar a ciertos derechos por motivos religiosos con el único límite de aquel impreciso «interés público importante», que el tribunal ni lo define ni lo aclara. Por ello, pudiera ser previsible la creciente aplicación de la *sharía* entre los musulmanes que viven en Europa y que así lo deseen, en detrimento de la aplicación del derecho común (Valero Estarellas, 2019, p. 55).

Esto pone sobre la mesa la cuestión de armonizar la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, en asuntos, por ejemplo, de sacrificio ritual de animales, vestimentas de connotación religiosa respecto a la eficacia en países europeos de normas de derecho de familia de origen religioso, o no discriminación religiosa en el ámbito laboral. De hecho, los pronunciamientos de una y otra procedencia tienen reflejo y acogida expresa por parte del otro órgano jurisdiccional supranacional.

3. Asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch, STJUE de 20 de diciembre de 2017

En el sentido mencionado se va a realizar una comparativa entre la mencionada sentencia del TEDH (Gran Sala), Molla Sali c. Grecia, de 19 de diciembre de 2018, y la del TJUE (Sala primera), de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, Soha Sahyouni contra Raja Mamisch⁴. La mencionada sentencia versa sobre los llamados divorcios privados y la aplicación del derecho europeo en materia de reconocimiento sustantivo (*révision au fond*) y su interrelación con el sector de la ley aplicable.

En esta sentencia el TJUE, en relación con la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados declarados por autoridades públicas de otros Estados (ya sean autoridades religiosas o no), los ha relegado a los regímenes internos de los Estados miembros, con el alto riesgo de divergencia de soluciones que ello puede acarrear.

Por otra parte, la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados europeos dependerá de si la actuación de la autoridad competente se puede considerar constitutiva o declarativa. La distinción entre una y otra categoría queda, sin embargo, sin dilucidar. El caso planteado en la resolución viene como consecuencia de una petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich, Alemania (Oberlandesgericht München), sobre la interpretación del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (en adelante, Reglamento Roma III).

Los hechos que dieron lugar al litigio se remontan al 27 de mayo de 1999, fecha en la que el Sr. Mamisch y la Sra. Sahyouni contrajeron matrimonio en Siria. Tras varios años de convivencia en común en varios países (Alemania, Siria, Kuwait y el Líbano), el Sr. Mamisch decidió divorciarse de su esposa, a través de un representante que pronunció la fórmula de divorcio ante un tribunal religioso de la sharía en Siria en mayo de 2013.

Dicho proceso culminó en la declaración del divorcio por parte de dicho tribunal. Tras ello, la Sra. Sahyouni firmó una declaración relativa a la compensación que le correspondía recibir del Sr. Mamisch. En octubre del mismo año, el Sr. Mamisch solicitó en Alemania el reconocimiento de la decisión dictada por el tribunal religioso sirio, en la que se daba fe del divorcio privado.

El órgano competente en este asunto, el Oberlandesgericht de Múnich estimó la solicitud. Sin embargo, la Sra. Sahyouni pidió que se anulara la resolución del presidente del Oberlandesgericht de Múnich, por entender que no se cumplían los requisitos para reconocer la resolución del tribunal religioso sirio.

En abril de 2014, el mismo órgano, esto es, el Oberlandesgericht de Múnich, desestimó la solicitud de la Sra. Sahyouni, indicando que para pronunciarse sobre el reconocimiento

⁴ EU:C:2017:988.

de la resolución dictada por el tribunal religioso sirio era necesario comprobar si la ley aplicable al divorcio había sido respetada, de ahí que aplicara el Reglamento Roma III.

Dicho reconocimiento se otorgó tras la aplicación del mencionado reglamento y la determinación de que la ley aplicable era la siria, así como la falta de oposición de las consideraciones de orden público de dicho instrumento (el Reglamento Roma III) con los divorcios privados.

La Sra. Sahyouni volvió a recurrir. Conforme al derecho procesal alemán, el órgano que debe decidir en este tipo de asuntos sobre un recurso contra la resolución del presidente del Oberlandesgericht de Múnich es el propio Oberlandesgericht de Múnich, sin su presidente. Así pues, este órgano decidió suspender el procedimiento y dirigirse al TJUE. Respecto al contenido de las cuestiones y la respuesta del TJUE, las mismas versaban, en resumen, sobre la aplicabilidad del Reglamento Roma III al asunto descrito.

El TJUE respondió mediante un auto declarándose incompetente, señalando que el asunto no planteaba un problema de ley aplicable, sino de reconocimiento de una resolución proveniente de un tercer Estado, para el cual no existe normativa procedente de la Unión Europea. Vista la respuesta por parte del TJUE, el Oberlandesgericht de Múnich volvió a plantear sus cuestiones prejudiciales, con una motivación más clara esta vez.

Dicho procedimiento prejudicial es el que culminó con la sentencia objeto del presente comentario. El Oberlandesgericht de Múnich pregunta al TJUE si el Reglamento Roma III se puede utilizar para determinar la ley aplicable a un divorcio privado pronunciado ante un tribunal religioso de la *sharía* en Siria, en el marco de un proceso de reconocimiento «sustantivo». El órgano alemán remitente, además de preguntar por el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma III, prosigue con la cuestión de si el artículo 10 de dicho reglamento es aplicable en el contexto del examen de los requisitos para otorgar un reconocimiento «sustantivo».

Asimismo, prosigue el Oberlandesgericht de Múnich preguntando si la discriminación a la que se refiere el artículo 10 del Reglamento Roma III ha de ser considerada en abstracto o si la discriminación debe materializarse en el caso concreto. Y pone como ejemplo de no discriminación en concreto el hecho de que el cónyuge discriminado haya aprobado el divorcio a través de la aceptación de una compensación económica.

Este supuesto es el que se plantea en el asunto presentado ante el TJUE de los divorcios privados meramente visados por autoridades públicas extranjeras. Mediante la sentencia dictada en el asunto Sahyouni II, el TJUE finalmente dio respuesta a la cuestión prejudicial que desde un principio (Sahyouni I) planteó el órgano remitente (el Oberlandesgericht de Múnich): si el Reglamento Roma III determina la ley aplicable para el reconocimiento sustantivo (*révision au fond*) de un divorcio privado meramente visado por una autoridad de un país tercero.

El TJUE, en la sentencia del asunto Sahyouni II, indicó que el Reglamento Roma III no se aplica a los divorcios privados sin participación constitutiva de una autoridad pública, independientemente de si el divorcio aconteció en un Estado miembro de la Unión Europea o no.

Así, el TJUE señala que el tenor literal del artículo 112 del Reglamento Roma III (sobre el ámbito de aplicación del reglamento) no proporciona ninguna guía para dilucidar la cuestión. Asimismo, el TJUE se refiere al contexto en el que se inscribe el mencionado precepto. En este sentido, alude a las referencias en el reglamento sobre la intervención de un «órgano jurisdiccional» y a la existencia de un «procedimiento»; referencias que pondrían de manifiesto que el reglamento tiene por objeto exclusivamente los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de esta.

Prosigue el tribunal señalando la necesidad de que el ámbito de aplicación material y el articulado del Reglamento Roma III sean coherentes con los del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁵ (Reglamento Bruselas II bis).

Los argumentos aducidos por el TJUE en la sentencia objeto del presente comentario no parecen contundentes cuando se refiere a expresiones «órgano jurisdiccional» o «procedimiento»: en el reglamento examinado llevan al tribunal a concluir que el objeto del reglamento son los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal, o bien por una autoridad pública o bajo el control de esta para excluir la aplicación del reglamento, pero también impregna un grado de seguridad jurídica a la hora de establecer requisitos mínimos a la hora de su aplicación.

Visto el procedimiento, se podría entender que el asunto versa sobre los divorcios islámicos dictados en terceros países, pero pudiera poner en tela de juicio los divorcios privados que algunos estados miembros están introduciendo en sus ordenamientos jurídicos (por ejemplo, España, Francia o Grecia).

Así, de los párrafos 45 y 47 de la sentencia se desprende que los divorcios privados con efecto constitutivo (aquellos en los que las autoridades públicas comprueban la legalidad del acto de divorcio de la misma manera en que lo haría un juez) quedan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III, mientras que los divorcios con efecto declarativo (aquellos en los que las autoridades públicas se limitan a dar fe de la voluntad de los cónyuges) quedarían fuera del ámbito de aplicación de dicho instrumento.

Nótese que en el considerando 47, al aludir a los divorcios privados que se están introduciendo en los ordenamientos de ciertos países de la Unión, el TJUE señala que la incorporación de estos divorcios al ámbito de aplicación del Reglamento Roma III exigiría ciertas adaptaciones. Al mismo tiempo, en el párrafo 45 de la sentencia el TJUE entiende incluidos en el ámbito de aplicación del reglamento aquellos divorcios en que la intervención de la autoridad pública se equipara a las funciones de los órganos jurisdiccionales estatales.

⁵ DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

Por ende, el TJUE parece excluir los divorcios privados con efecto declarativo del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III. Pero todo ello suscita una importante cuestión que el TJUE no ha aclarado en su sentencia: ¿cómo diferenciar en la práctica un divorcio privado con efecto constitutivo de un divorcio privado con efecto declarativo?

En concreto, ¿se podría considerar que existe efecto constitutivo si concurre la obligación de registrar el divorcio por parte de la autoridad competente para dicho registro, si dicha autoridad no efectúa un control sustantivo? ¿Sería suficiente para establecer el efecto constitutivo llevar a cabo un control del acuerdo entre las partes o también se requiere analizar que el contenido de los términos del divorcio sea justo para ambas partes?

A la vista de que la respuesta del TJUE según el Reglamento Roma III era la de aplicar la ley de la nacionalidad común efectiva, que en el presente asunto era la siria, esas normas nacionales «reactivadas» también apuntaban a la ley de la nacionalidad común, pero dando prevalencia a la alemana en caso de que esta concorra con cualquier otra en ambos cónyuges (como es el caso en este asunto). En consecuencia, el órgano judicial decisor aplicó la ley alemana como ley rectora del divorcio (recuérdese que Alemania se rige por un reconocimiento sustantivo). Dado que las normas alemanas que regulan el divorcio no contemplan los divorcios privados, el Oberlandesgericht de Múnich no reconoció el divorcio dictado.

Sobre este aspecto, el profesor Santiago Álvarez (2018), analizando dicha sentencia, señala que el tribunal comienza recordando que Reglamento Roma III no se aplica al reconocimiento de una resolución de divorcio dictada en un Estado tercero.

Pero también señala que es una verdad con matices, manifestando que según la doctrina del propio tribunal, existe un interés manifiesto de la Unión Europea en que toda disposición de derecho de la Unión reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse; incluso cuando el derecho nacional de un Estado miembro se remite a una norma de derecho de la Unión para su aplicación «a una situación *puramente interna*»; incluso cuando los hechos de un procedimiento principal estén fuera del ámbito de aplicación de tal norma, que solo es aplicable por remisión (libre) de las disposiciones del derecho nacional.

En especial se impone también la interpretación del derecho de la Unión Europea incluso en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho derecho cuando aquel haya sido llamado «directa e incondicionalmente» por el derecho nacional.

Así, es el legislador alemán el que se ata (libremente) a Roma III con todas sus consecuencias, mediante su decisión de sustituir sus normas de conflicto autónomas por una remisión al reglamento. Como consecuencia de ello renuncia a su exclusividad sobre el alcance e interpretación de su derecho internacional privado autónomo, vinculándose a lo que diga el tribunal, siendo el tribunal el que afirma que el reglamento en sí mismo considerado no se aplicaría al reconocimiento de divorcios pronunciados en terceros Estados; los divorcios privados no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de Roma III.

Según opinión del citado autor, en materias que no están comprendidas por el derecho de la Unión, aquellas sobre las que sigue siendo competente el legislador nacional, no hay ninguna obligación eventual de sujeción al derecho de la Unión por razón de la «técnica» empleada: si los legisladores nacionales tienen competencia para decidir el régimen de reconocimiento de divorcios privados pronunciados en terceros Estados, la existencia o inexistencia de Roma III no puede condicionar qué soluciones otorgan aquellos legisladores.

Ante el escenario descrito, y tal y como señala el profesor Velázquez Gardeta (2016), pudiera surgir la duda sobre los criterios que en un futuro mantenga el TEDH a la hora de equilibrar la noción de orden público y qué sistemas estatales quedarán afectados en unas concepciones tan arraigadas. En el sentido indicado, y comparto plenamente la opinión con el profesor Velázquez, el margen de apreciación por parte de las autoridades nacionales seguirá siendo difícil de mensurar por parte de tribunales supranacionales y el derecho al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras seguirá encontrando eventual freno en la excepción de orden público.

4. Conclusiones

4.1. La multiculturalidad y la internalización de las relaciones jurídicas privadas

La progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas privadas ha aumentado los supuestos de derecho internacional privado. En el ámbito del derecho de familia internacional, se han creado nuevas situaciones no contempladas hasta la fecha por los diferentes ordenamientos jurídicos (repudio, poligamia, kafala, etc.), a las que hay que dar una respuesta jurídica.

A la vista de la sociedad multicultural, se ha producido mayor circulación de derechos, de libertades públicas y de estatus familiares, pero también han aumentado las dificultades prácticas a las que dichas personas tienen que hacer frente, porque los Estados les deniegan el reconocimiento de la situación constituida en el extranjero. El pleno ejercicio de la libertad de circulación tiene como consecuencia o derivada la circulación de derechos, libertades públicas y estatus personales y familiares. Por ello, el hecho de que haya Estados que denieguen el reconocimiento genera una gran inseguridad jurídica.

4.2. Fórmulas de adaptación de modelos familiares extranjeros ante la alegación del orden público

Se puede afirmar que la alegación del orden público, interpretada a la luz de los principios constitucionales, permite hoy día adoptar fórmulas de adaptación de los modelos familiares que proceden de otras culturas distintas a las propias, sin que con ello se produzcan graves quebrantos constitucionales. El negar esa fórmula de adaptación sería vulnerar la

protección que el propio ordenamiento jurídico concede a la familia en sentido amplio de la palabra. Desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal, la institución del orden público debe ser interpretada de manera restrictiva y no debe servir para impedir la convalidación de ninguna institución ajena a nuestra tradición. En este sentido, únicamente jugará un rol cuando la institución objeto de convalidación atente gravemente el orden constitucional, es decir, los principios y valores fundamentales.

4.3. Sobre el reconocimiento de las resoluciones extranjeras a nivel europeo

Uno de los principales problemas en el ámbito del derecho de familia es que no hay un consenso estatal común o unas instituciones comunes en las diversas materias que forman parte del mismo.

El reconocimiento automático de las relaciones jurídicas creadas en el extranjero o de las resoluciones extranjeras es algo que la mayoría de los Estados no han aceptado hasta la fecha, pero, tímidamente a nivel europeo, mediante los reglamentos aprobados durante los últimos 15 años está cambiando esta realidad. Está claro y resulta patente que necesariamente se tienen que delimitar las condiciones mínimas y los límites que deben ser cumplidos para dicho reconocimiento, siempre teniendo en cuenta que ello no suponga una vulneración de derechos fundamentales. La denegación del *exequatur* de una resolución extranjera que constituye válidamente una situación jurídica ha sido considerada por los jueces europeos vulneradora de derechos fundamentales.

4.4. Sobre la interpretación de la excepción de orden público internacional por el TEDH

En relación con la excepción de orden público internacional, el TEDH ha puesto de manifiesto que no se puede utilizar de forma sistemática y automática, justificando con ello la adición de cualquier medida.

En gran medida, su operatividad ha versado en la defensa ciega de los intereses estatales, no obstante, y debido a los avances en la sociedad y las mezclas culturales, se ha observado un avance en su ámbito de aplicación. Se sigue manteniendo su vigencia, pero, a su vez, el poder legislativo ya ha comenzado a hablar de «contrariedad manifiesta» en la nueva Ley de cooperación jurídica internacional o en el Reglamento Roma II. Así, se observa como los tribunales españoles tienden a flexibilizar sus efectos en determinadas ocasiones, como es en el caso de otorgar la pensión de viudedad a las viudas de un hombre polígamo.

A este respecto, la excepción del orden público se debería limitar a casos en los que realmente sea necesaria su operatividad; es decir, debería convertirse en la excepción,

y no en la regla, actuando únicamente en casos excepcionales vulneradores de derechos fundamentales o principios absolutamente inquebrantables.

En el sentido indicado ya se ha comprobado que existe una corriente tanto doctrinal como jurisprudencial que, por mandato de la Ley de cooperación jurídica internacional (Ludeña Benítez, 2014), está adaptando el concepto de orden público a la realidad actual (STSJ de Madrid núm. 13471/2015). La ley de cooperación jurídica internacional implica que el poder judicial no pueda pasar por su filtro todo lo que viene de legislaciones extranjeras y sea desconocido para el suyo propio, sino que deberá intentar respetar la institución extranjera para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico y limitar la excepción de orden público a eso, a su característica de excepcionalidad y no de automaticidad.

Es una figura que seguirá aplicándose mientras no consigamos limitar considerablemente su ámbito de actuación, y resulta imprescindible la labor jurisprudencial que lleve a marcar claramente el carácter de excepción de dicha cláusula.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, S. (2018). Sahyouni más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017. *REDI*, 35.
- Karpat, K. (1982). Millet and Nationality: The Root of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era. En Benjamin Braude y Bernard Lewis (ed.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society* (2 vols.). Holmes & Meier.
- Ludeña Benítez, O. (2014). El Derecho de familia en la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 32.
- Motilla, A. (2018). *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*. Comares.
- Sezgin, Y. (2017). Reforming Muslim Family Laws in Non-Muslim Democracies. En J. Cenary y J. Casanova (Eds.), *Islam, Gender and Democracy in Comparative Perspective*. (pp. 160-187). Oxford U. P.
- Urruela Arnal, I. y Bolaños Cartujo, I. (2012). Mediación en una comunidad intercultural. *Anuario de Psicología Jurídica*, 22, 119-126.
- Valero Estarellas, M. J. (2019). Autonomía de las confesiones religiosas, neutralidad del Estado y prohibición de arbitrariedad, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 49.
- Velázquez Gardeta, J. M. (2014). Algunas reflexiones en torno a la sentencia Negre-pontis-Giannisis contra Grecia y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, 99-100, 2.989-3.004.

Límites temporales de la cosa juzgada

Comentario a la STS de 21 de junio de 2021

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el artículo 222 de la LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado, y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto. La existencia de la cosa juzgada material exige el correspondiente y riguroso juicio comparativo entre el objeto del primer proceso y el constitutivo del proceso posterior, si, en dichos procesos, se dirimen las mismas pretensiones, identificadas por los sujetos, por el *petitum* o petición realizada para su reconocimiento, declaración o condena por los órganos jurisdiccionales, así como por la *causa petendi*, entendida como fundamento fáctico y jurídico de lo pedido; también hay cosa juzgada material cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto al proceso posterior, conforme a lo previsto en el artículo 400.2 del LEC. La cosa juzgada abarca lo deducido y lo deducible. Los hechos posteriores alegados constituyen un objeto procesal idéntico al ya enjuiciado. La compraventa impugnada se decretó, en pronunciamiento firme, válida y eficaz, descartando su nulidad por simulación absoluta, y tal pronunciamiento no puede ser cuestionado promoviendo la misma acción en un nuevo juicio.

Palabras clave: cosa juzgada material; límites y presupuestos; simulación de contratos.

Fecha de entrada: 11-07-2021 / Fecha de aceptación: 27-07-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de julio de 2021).

En los procedimientos judiciales en ocasiones las partes introducen elementos que han sido analizados y decididos por otro tribunal, como base de su pretensión, y así sucede en el presente caso que se analiza. Los actores pretenden que se declare nulidad por simulación absoluta del contrato de compraventa instrumentalizado en escritura pública anterior.

Los hechos brevemente son los siguientes. Los demandantes pretenden que se declare la nulidad por simulación absoluta del contrato de compraventa que se firmó en escritura pública entre los padres de los actores y la entonces nuera, madre de los demandados, fallecida.

El juzgado de 1.^a instancia estimó la demanda, al carecer de causa, al no existir precio como contraprestación de la compradora. El demandado recurrió en apelación y la audiencia provincial apreció la excepción de cosa juzgada, toda vez que la acción del objeto del proceso había sido ya ejercitada, en su día, ante otro juzgado de 1.^a instancia, que, ante la falta de prueba suficiente que acreditara la simulación, desestimó la demanda, y cuya sentencia alcanzó la firmeza y el estado de cosa juzgada. En dicho proceso se solicitaba por los actores la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa y el demandado alegó la validez del contrato y solicitó la desestimación de la demanda.

Frente a la decisión de la audiencia provincial interpuso recurso por infracción procesal por razón de su cuantía, superior a 6.000 euros.

Para la comprensión del caso conviene precisar algunos datos:

- La escritura de compraventa se otorga efectivamente el día 3 de diciembre de 1984, siendo los vendedores y siendo compradora la demandada, y en dicha escritura se ponía de manifiesto que la cantidad objeto del precio había sido ya recibida por la demandada.

- En 1984 el esposo de la demandada comparece en la notaria y manifiesta que no tiene participación alguna en la vivienda adquirida por su esposa y no ha hecho desembolso alguno por ella, que días después ante otro notario manifiesta que es una vivienda que tiene carácter privativo de su esposa.
- Uno de los vendedores en otra fecha cercana compareció ante notario manifestando que el otorgamiento fue realizado a causa de amenazas y coacciones, pero su intención era donar dicha vivienda a su hijo, y que no ha recibido ningunas merced o precio por la compraventa.

El proceso es un instrumento de resolución de conflictos del que se vale el Estado de derecho para dirimir los conflictos existentes, y así decidir de manera pacífica entre una pretensión y una oposición a la misma, para obtener la decisión judicial, que es evitar el conflicto constitutivo de su objeto, y en su caso con los recursos se decide la cuestión discutida que finalmente decida de manera intangible y vinculante. Y es ahí donde se despliegan los efectos de la cosa juzgada formal y material. La cosa juzgada formal como sinónimo de firmeza o inimpugnabilidad de la resolución judicial pronunciada (art. 207.2 y 3 de la LEC), que opera como presupuesto de una denominada cosa juzgada material (art. 222 LEC), con su doble efecto, positivo o vinculante en un ulterior proceso, cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto; y negativo o excluyente de la posibilidad de formular un nuevo litigio sobre la misma pretensión.

La cosa juzgada formal, inherente a la firmeza (art. 207), y si bien esta alcanza a sentencias y resoluciones, aquella solo comprende las sentencias que se pronuncian sobre el fondo u otras resoluciones equivalentes, como el laudo arbitral y resoluciones que terminan el proceso resolviendo el fondo, como los casos de renuncia a la acción, allanamiento, transacción. (STS de 13 de septiembre de 2010).

La cosa juzgada material, como efecto negativo o excluyente, es un vínculo de naturaleza jurídico-pública que impone a los jueces no juzgar de nuevo lo ya decidido. La función negativa de la cosa juzgada material supone, según la sentencia de esta sala de 23 de marzo de 1990, «un efecto preclusivo, traducido en el aforismo *no bis in idem*, revelado por la existencia de un anterior juicio sobre el mismo objeto, conducente a la no posibilidad de replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia, reflejando la influencia romana del efecto constitutivo de la *litiscontestatio*». Así, la función negativa se traduce en el principio *no bis in idem*, esto es –según la sentencia de 24 de febrero de 2001–, «el que proclama la imposibilidad de juzgar dos veces la misma cuestión». (STS de 20 de abril de 2010). Como efecto positivo impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes. El hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan solo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano

judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis. El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991 y 7 de mayo de 2007). La jurisprudencia de esta sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993 y 27 de mayo de 2003). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la CE (STC 34/2003, de 25 de febrero).

Además, por su propia naturaleza, la apreciación de la «cosa juzgada» es cuestión de orden público procesal, como pone de manifiesto, entre otras, la sentencia de esta sala de 25 de abril de 2001 al decir que ha de estimarse de oficio «para evitar resoluciones contradictorias que serían contrarias a la seguridad jurídica», cuestión que es de orden público, en atención a la cual el principio *non bis in idem* impide volver a plantear la misma cuestión ya debatida entre las mismas partes en anterior proceso y obtener una nueva decisión.

Asimismo la jurisprudencia mantiene que la identidad del título, en virtud del cual se reclamó en los dos procesos y determina la cosa juzgada material, no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la *causa petendi* [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007). La calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por ello, la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001). Así, no se ha apreciado la cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejercitan acciones con presupuestos y consecuencias jurídicas distintas. Así, la STS de 30 de enero de 2007 no aprecia cosa juzgada entre un proceso por edificación de buena fe en terreno ajeno por el que se demanda la propiedad del terreno y un proceso posterior en que se demanda indemnización por el valor de lo edificado, y la STS de 20 de marzo de 1998 no aprecia cosa juzgada entre un proceso en el que se pidió la condena a realizar y entregar una determinada obra y otro en el se solicitaba una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de lo contratado, que establecía la prestación de la realización y entrega de la obra en cuestión.

La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de este coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un

proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es solo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquel no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en este. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su *thema decidendi* cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.

Por tanto, la intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal. La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 3 de mayo de 2000) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS de 19 de junio de 2000 y 24 de julio de 2000) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001). La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción, y no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30 de julio de 1996, 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000).

El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo no pudo desconocerse, sin grave daño para la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, por dicho tribunal, tal precedente, al resolver un proceso posterior en el que se plantea la misma cuestión y en las mismas circunstancias.

Además, la cosa juzgada material se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada, impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado (art. 400 LEC).

En conclusión, la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta lo hace tomando en consideración la doctrina reiterada, ya que a la vista de la sentencia los hechos posteriores alegados constituyen un objeto procesal idéntico al ya enjuiciado. La compraventa impugnada se decretó, en pronunciamiento firme, válida y eficaz, descartando su nulidad por

simulación absoluta, y tal pronunciamiento no puede ser cuestionado promoviendo la misma acción en un nuevo juicio. El hecho posterior alegado carece de los efectos pretendidos, y de la relevancia jurídica para impedir que pueda darse relevancia a la cosa juzgada apreciada de manera correcta por la audiencia provincial, al tratarse de un acto directamente derivado de una previa sentencia firme, que permitía a la compradora disponer de lo que era suyo por título hábil de adquisición.

Derecho al honor. Sátira sobre el comportamiento de cargos públicos

Comentario a la [STS de 14 de junio de 2021](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Poema satírico publicado en una revista de una asociación judicial. Ponderación entre el derecho al honor de la aludida, una diputada, y la libertad de expresión.

En asuntos de esta naturaleza, donde entran en conflicto los derechos fundamentales a la libertad de expresión y el honor de un personaje público, la ponderación debe partir de los siguientes datos: la condición de personajes públicos o privados, la mayor o menor relevancia de lo manifestado, el interés público o la discusión de cuestiones políticas, el fundamento fáctico sobre el que se asienta el texto, o el momento en que tiene lugar la redacción del mismo. Porque es bien sabido que las excepciones a la libertad de expresión, en su colisión con el honor de una persona pública o de un político, son muy limitadas, y sin perjuicio de que no queda amparado por ella el derecho al insulto.

Palabras clave: tutela civil de los derechos fundamentales; derecho al honor; libertad de expresión.

Fecha de entrada: 07-07-2021 / Fecha de aceptación: 26-07-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de junio de 2021).

La sentencia que vamos a comentar resuelve en casación una causa dictada en primera instancia por el Juzgado de Instancia núm. 38 de Madrid, cuyo magistrado estimó una demanda en defensa del honor de la Sra. Rodríguez. La representación de la actora demandó, entre otras personas, a la Asociación Profesional de la Magistratura Francisco de Vitoria, y el pleito se circunscribió al contenido de un poema publicado por D. Juan Enrique, declarándose la responsabilidad civil solidaria de la precitada asociación y a los integrantes de la misma como pertenecientes al comité de redacción de la revista en que se publicó el texto del poema. Tras la apelación, la audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia de 1.ª instancia, dejándola sin efecto. Pues bien, ahora el Tribunal Supremo estudia el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, tras desistirse del recurso extraordinario por infracción procesal. El conflicto se produce entre la libertad de expresión y el honor de un personaje político. No son solo las frases o el sentido de lo que se insinúa en el poema, es la supremacía del derecho a la libertad de expresión lo que triunfa, tras una exposición sucinta de la jurisprudencia del TEDH y del TS. La verdadera interpretación del texto y una crítica que, por exacerbada que parezca, se enmarca en lo que la sociedad puede conocer en el contexto de un debate político de relevancia o interés.

Trascribo aquí la posición del Ministerio Fiscal en el acto del juicio, porque es el resumen sobre el que se fundamenta el comentario a la sentencia:

Si bien, como indicó el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, el poema está más encaminado a realizar una crítica del secretario general del partido político al que pertenece la demandante que a ella misma, no obstante, aun cuando no alude a ella de forma exclusiva, ciertamente el poema ha de resultarle hiriente a la demandante, desde el momento en que viene a manifestar que una ruptura de la relación sentimental con el secretario general repercutirá en el trato que reciba del partido

y consiguientemente con su situación en el Congreso de los Diputados, utilizando para ello frases burlescas –e incluso procaces, como es la alusión a la «inquieta bragueta»–, como así lo vino a reconocer la propia asociación demandada en su nota de disculpa.

Nos centramos, por tanto, en el honor, en el derecho a la información y, esencialmente, en el estudio de la libertad de expresión. Respecto de esta última, en el seno de una sociedad democrática, se concreta en la posibilidad de emitir opiniones o juicio de valor sobre algo o alguien. Existiendo un sustrato fáctico sobre el que apoyarse, por ejemplo, el interés de un asunto político, o el debate que suscita una cuestión de interés general. Se dicen cosas que pueden herir la sensibilidad del destinatario, considerando que su honor ha sido vulnerado. En nuestro caso, se trata de un poema satírico que cuestiona, bien el cargo de una determinada persona, cómo ha podido llegar al puesto que actualmente ocupa; bien la intermediación de otra que coadyuva, por su significación o relevancia en el panorama político, a que la identificada en el poema como D.^a Romero ascienda en su carrera política. Si olvidar que resulta difícil a veces deslindar qué es información y qué libertad de expresión, pues se confunden. Aunque, en nuestro caso, la expresión de unas ideas es clara y no provoca colisión alguna. Sin embargo, en el afán de ilustrar convenientemente, conviene no olvidar esa confusión o mezcla lógica entre los dos derechos. Por una sencilla razón, que luego se dirá con más amplitud, porque la información, al requerir de veracidad, tiene un rango menor de protección que la libertad de expresión. En esta no se exige veracidad, sino base fáctica sobre la que apoyarse.

Por ello, por la naturaleza singular y amplia de estos derechos, vamos a hacer un recorrido amplio por el mundo de los derechos fundamentales y de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia.

Una vez más el TS nos recuerda elementos básicos que se deben dar en el conflicto entre derechos fundamentales, pero como esta sentencia se centra esencialmente en la libertad de expresión, para comprender mejor el resultado del pronunciamiento desestimatorio de la casación, quizás conviene ampliar en este comentario el abanico de los criterios generales. Es decir, tras el necesario recorrido por la jurisprudencia del TEDH y la doctrina constitucional, se ve la necesidad de apuntar el carácter público o privado del personaje, el interés o no del manifestado en el poema, el sustento fáctico sobre el que se debe asentar el mismo o la necesidad o no de la veracidad. Porque, siendo una crítica, es libertad de expresión exenta de veracidad, y por ello se nos recuerda el valor preeminente de la expresión sobre el honor, pues se emiten ideas u opiniones que son propias de una sociedad democrática con derecho a comunicar y saber. Que sea preferente la libertad de expresión no significa que el honor de la persona, incluso pública, esté desamparado en cuanto carente de protección constitucional. No obstante, una vez más, el Supremo alude a la debilidad del personaje público, que debe, por tal motivo, sostener una crítica incluso ácida, precisamente por tal condición. El político se expone a un control mayor de los ciudadanos y de los periodistas, y por ello «debe mostrar una mayor tolerancia». Lo que determina

que la crítica satírica sea admitida por encima del honor de un personaje público está en la «libre circulación de las cuestiones políticas», pues de lo contrario toda excepción a la libertad de expresión decae.

Hemos apuntado que la sentencia trata poco el honor en contraposición a los otros dos derechos. Pues bien, al respecto, el artículo 18.1 de la CE tiene su razón de ser en su autonomía, como ocurre con los demás derechos fundamentales, todos ellos «derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3.º; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 4.º; 14/2003, de 30 de enero, FJ 4.º, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 6.º b). El derecho al honor «es lábil y fluido, cambiante» (STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 4.º), es «un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4.º). En similares términos se pronuncian las SSTC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6.º; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7.º; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5.º; y 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6.º. Con el derecho al honor se protege «la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que le hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas» (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4.º). Además hay que tener en cuenta que la persona pública tiene en precario su honor cuando colisiona con las libertades fundamentales. Levedad entendida y que supone un ir por detrás en la jerarquía de los derechos fundamentales, lo que ha llevado a la jurisprudencia a decir que las libertades del artículo 20 de la Constitución ocupan un lugar «prevalente» respecto de la del artículo 18, «honor» (SSTC 172/1990, 40/1992, 78/1995 y 176/1995), «jerarquía institucional» (SSTC 106/1986 y 171/1990), «valor superior o de eficacia irradiante» (STC 121/1989), «posición prevalente que no jerárquica» (STC 336/1993). La persona pública, o el personaje político, «al haber optado libremente por tal condición, debe soportar un cierto riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad» (STC 165/1987, de 27 de octubre), sin que ello indique que no queden protegidos, pero siempre que se den las condiciones que apuntan los apartados siguientes. Y eso es lo que sucede con este poema satírico, en que la jerarquía de valores sitúa por delante la expresión al honor de la mujer política, la cual debe soportar una crítica ácida por su condición.

Llegados aquí, la sentencia del Supremo que estamos comentando también recalca que la libertad de expresión que subyace en el poema no ampara el insulto o el conjunto de opiniones innecesarias para ilustrar lo que se pretende decir. Lo que se comunica libremente no autoriza a vulnerar el honor de la persona, y en la ponderación de los intereses en juego es determinante saber si el tema tiene interés, si se centra o no en un debate de tipo político, o en la discusión de cuestiones políticas, porque, de lo contrario, la persona puede sentirse ofendida y su fama perjudicada, y esta persona no tiene por qué tolerar ser «escarnecida o humillada ante uno mismo o ante los demás» (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.º; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7.º [EDJ 2000/40314]; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7.º); desmerecida en la consideración ajena (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4.º). La desproporción del texto puede socavar la dignidad por innecesario, y el insulto no está

protegido frente al honor. Como ha reiterado la jurisprudencia: «El ejercicio de la libertad de expresión no puede servir de excusa para el insulto, ni tampoco ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano y su propio valor como persona. Es en la dignidad, entendida como «valor espiritual y moral inherente a la persona», que «lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.º) donde se encuentra el «germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes» (STC 53/1985, FJ 3.º), entre los que se encuentra el derecho al honor (art. 18.1 CE) y también la libertad de expresión, al posibilitarse con su ejercicio el libre desarrollo de la personalidad del ser humano.

Más o menos hemos ido desgranando los elementos propios de los derechos en conflicto. Al final de la sentencia, tras el razonamiento progresivo que se hace, se delimita lo importante, con el fin de poder decidir qué derecho fundamental ha de ser protegido. Y así, tenemos que valorar si el poema se excede o no con los siguientes parámetros: a) si la cuestión está inmersa en un debate de tipo político de interés general; si podemos o no encontrar un sustrato fáctico que se asiente en elementos objetivos lógicos previos, o si las frases o expresiones se desconectan de esa base fáctica o político-social para adentrarse en el terreno de la descalificación gratuita e insultante. Si, además, el personaje es público, la excepción a la libertad de expresión es muy limitada o no encuentra cabida. Finalmente, por no requerirse la prueba de la verdad o la veracidad en la libertad de expresión, a diferencia de la información, el poder de lo expresado es superior al honor reclamado. La relación entre las personas como método de ascenso profesional o para conseguir determinados cargos públicos tiene sin duda una base fáctica sobre la que apoyarse, y el poema satírico se incardina en el contexto de una cuestión política de interés, conocida y debatida. No es la afirmación personal, el ataque a la persona, sino la sátira, y esta, aun hiriente, ha de ser aceptada, porque transmite el conocimiento de determinados acontecimientos de interés público.

Una vez más, afirmamos que en asuntos de esta naturaleza son hechos trascendentes en la valoración la condición de personajes públicos, la mayor o menor relevancia de lo manifestado, el interés público, la veracidad de lo manifestado, así como el momento en que tiene lugar la redacción del texto.

Aunque no se diga, conviene recordar que la doctrina consolidada nos recuerda que cada caso tiene su análisis independiente. En consonancia con lo anterior, nos encontramos con una libertad de expresión o información (art. 20 Constitución), en colisión con un pretendido derecho al honor (art. 18 Constitución). Deslindar qué clase de derechos entran en conflicto es criterio fundamental de ponderación, sin olvidar que, como así reconoce la jurisprudencia (STC 107/88), la libertad de expresión se refiere a juicios de valor. No obstante, centrados en que el poema es libertad de expresión, conviene advertir que, a veces, resulta difícil deslindar aquella de la información, siendo que la primera tiene mayor fuerza protectora que la segunda y que la veracidad (otro elemento) implementa un elemento diferenciador a tener en cuenta (STC 105/1990, 6/1998, 219/1992, 22/1990, 22/1995 y de 13 de enero de 1997, entre otras muchas).

Al no poder generalizarse en esta materia, como decimos, ha de hacerse una ponderación del caso, atendiendo a criterios esenciales tales como: el interés público, la pretensión de la simple satisfacción de la curiosidad ajena, el menosprecio del crédito o fama de la persona pública que se siente ofendida (SSTS de 23 de marzo y 26 de junio de 1987; SSTC 240/1991 y 178/1993, etc.), que el hecho sea noticioso (SSTC 6/1988 y 22/1995, etc.), la veracidad (que se reitera por su relevancia) y la naturaleza de los comentarios, a fin de determinar si por su intensidad son objetivamente ofensivos para el honor de la actora.

Por otro lado, si nos hallamos ante la información mediante una poema, sucedería que la veracidad no interviene como verdad incontrovertida del hecho y no podríamos confundir la verdad material con lo informado, o como verdad incontrovertible de lo comunicado o contado (SSTC 67/1988, 171/1990, 22/1995 y 28/1996). Si el poema fuera información, lo que sugiere, pudiendo ser verdadero, no tiene por qué ser verdad material incuestionable al final (SSTC de 13 de enero de 1997); porque puede ser «su verdad», aun cuando no se corresponda con la «real», siempre y cuando se fundamente en la existencia de un hecho precedente sobre el que se asiente. No se trata de que el demandado haya tenido conocimiento de unos hechos que requieran diligencia y seriedad a la hora de escribir sobre ellos, sino de un estado de opinión al margen de la realidad o razón incontrovertidas. A esto se refiere la STEDH de 9 de marzo de 2021 (asunto Benítez Moriana e Íñigo Fernández contra España), que declara:

Este Tribunal ha diferenciado entre la exposición de hechos y los juicios de valor. La existencia de hechos puede ser demostrada, mientras que la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de ser probada. La exigencia de probar la veracidad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la propia libertad de opinión, que supone una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10.

Esta una de la premisas para que la casación no triunfe: que la libertad de expresión esté relacionada con la opinión, que no es demostrable, y la fuerza radica en la base sobre la que se sustenta la opinión, respecto de la cual no es predicable la verdad en tanto que el juicio de valor que esconde es indemostrable.



El anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España

María Victoria Álvarez Buján

Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo

Profesora en la UNIR

Abogada colegiada en ejercicio

victoriaalvarezbujan@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

Extracto

Las pruebas de ADN han sido desde hace tiempo (décadas) objeto de preocupación y controversia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, habida cuenta, por un lado, de la importancia *in crescendo* de este instrumento para la investigación delictiva y, por otro lado, de la parquedad legislativa existente y los problemas que tal situación planteaba en la práctica. Ahora, en el texto del anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2020, que pretende una reforma integral de la norma procesal penal española, se contempla una regulación en buena medida sistematizada, que pretende dar respuesta a diferentes lagunas y cuestiones dudosas en la praxis, si bien presenta ventajas a la par que desventajas, extremos en los que precisamente concentraremos nuestra atención en el presente trabajo, que desarrollaremos desde un enfoque de análisis crítico.

Palabras clave: prueba de ADN; proceso penal; anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal; perspectiva crítica.

Fecha de entrada: 21-04-2021 / Fecha de aceptación: 31-05-2021

Cómo citar: Álvarez Buján, M.^a V. (2021). El anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España. *Revista CEFLegal*, 247-248, 63-98.





The text of the draft Law on criminal procedure of 2020 and the DNA evidences

María Victoria Álvarez Buján

Abstract

DNA evidences have been for a long time (decades) the object of concern and controversy both by doctrine and jurisprudence, taking into account, on the one hand, the increasing importance of this instrument for criminal investigation and, on the other hand, the existing legislative parsimony and the problems that such a situation posed in practice. Now, in the text of the draft Law on criminal procedure of 2020, which seeks a comprehensive reform of the Spanish criminal procedure, a largely systematized regulation is contemplated, which aims to respond to different gaps and doubtful questions in practice. Nevertheless, it has advantages as well as disadvantages, extremes on which we will precisely focus our attention in this work, which we will develop from a critical analysis approach.

Keywords: DNA evidence; criminal proceedings; draft of Code of criminal procedure; critical perspective.

Citation: Álvarez Buján, M.^a V. (2021). El anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España. *Revista CEFLegal*, 247-248, 63-98.





Sumario

1. Introducción
 2. Síntesis acerca de los antecedentes y regulación actual de las pruebas de ADN en el proceso penal español
 3. La propuesta de regulación contenida en el anteproyecto de la nueva Ley de enjuiciamiento criminal: ventajas y defectos
 - 3.1. La propuesta de regulación de la práctica de pruebas de ADN
 - 3.2. La propuesta de regulación de las intervenciones corporales y las remisiones que a la misma se efectúan
 - 3.3. Otras previsiones de interés en relación con las pruebas de ADN
 4. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Una de las tareas pendientes por parte del legislador es, desde hace décadas, la renovación de la ley que regula el proceso penal español, una norma decimonónica, desfasada y sucesivamente parcheada¹. Hasta el momento, el texto de Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) vigente en España, pese a sus diversas reformas parciales, incluidas especialmente las efectuadas en el año 2015, no da respuesta a la coyuntura procesal penal actual, o dicho de otro modo, no resuelve los problemas y situaciones que se plantean en una «sociedad democrática avanzada».

Recientemente, en el mes de noviembre del año 2020 se ha aprobado, después de años de trabajo y varios intentos previos frustrados, el nuevo anteproyecto de LECrim². En realidad, este texto debería haber sido culminado y sometido a tramitación mucho antes, pero por cuestiones vinculadas más bien a la compleja y controvertida coyuntura política que nuestro país viene atravesando en los últimos años, ello no ha resultado posible. Con certeza, el nuevo anteproyecto de LECrim de 2020, como bien explica en el punto II de su propia exposición de motivos, toma como punto de partida el anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011 y el borrador de Código Procesal Penal de 2013. Ninguno de estos textos prosperó en su momento, si bien el segundo de ellos se proyectó en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, así como en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de

¹ De hecho, la implementación de una reforma integral del proceso penal en nuestro país ya se contemplaba en la agenda programática del legislador como una de las tareas impuestas por la Carta Magna, desde cuya aprobación han transcurrido ya más de cuarenta años.

² En efecto, el Consejo de Ministros, celebrado el día 24 de noviembre de 2020, aprobó dos proyectos normativos impulsados por el Ministerio de Justicia: el anteproyecto de Ley orgánica de enjuiciamiento criminal y el anteproyecto de Ley orgánica de la Fiscalía Europea, estando ahora pendientes de tramitación parlamentaria. Información al respecto se encuentra disponible en: <<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/241120-enlacejusticia.aspx>>

enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Ambas normas fueron incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico como solución temporal (hasta que se lograra un consenso para acometer la tan demandada reforma integral del proceso penal), con el propósito de dar cabida a necesidades imperiosas que no se podían procrastinar más.

Entre las principales novedades del anteproyecto de LECrim de noviembre de 2020 podemos destacar, sintéticamente, las siguientes:

1. La asunción por parte del Ministerio Fiscal, bajo control judicial (a través de la figura del juez de garantías), de la dirección de la investigación, siguiendo el modelo de la mayoría de los países de nuestro entorno. En este contexto se diferencia la regulación y proceder en la práctica procesal a la hora de practicar diligencias de investigación, en función de si afectan o no a derechos fundamentales. En los supuestos en que se restrinjan derechos fundamentales se requerirá siempre el concurso del juez de garantías.
2. El refuerzo del principio de presunción de inocencia y las garantías del derecho de defensa, particularmente en la fase de instrucción, incluyendo la incorporación del denominado «estatuto del encausado».
3. La policía judicial queda bajo la dirección del Ministerio Fiscal, que dictará instrucciones y órdenes particulares, no solo generales, antes de la iniciación formal del procedimiento de investigación.
4. Se acoge y refuerza el Estatuto de la víctima, amén del régimen de la acusación particular³.
5. Se articula un cauce específico al objeto de interesar la indemnización derivada de la privación de libertad cuando se determina la absolución.
6. Se incorpora un modo de detención preventiva más leve, denominada «privación cautelar de libertad», cuya duración máxima es de 24 horas.
7. Se adapta la presentación de la denuncia a la directiva europea y se incluye la posibilidad de denunciar de manera telemática. Además, se elimina la exención del deber de denunciar cuando existe un vínculo familiar o afectivo en casos de delitos cometidos contra bienes personales de menores de edad.
8. Sobre la acción popular se establece que no podrán ejercitar la misma las personas jurídicas públicas, los partidos políticos y los sindicatos, fijándose un elenco de delitos que resultan idóneos para que la ciudadanía pueda defender una hipó-

³ También en el anteproyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual se prevé la modificación de algunas de las previsiones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

tesis alternativa a la del Ministerio Fiscal, como en los supuestos de infracciones que protegen intereses difusos o los delitos de corrupción política.

9. Se prevé la posibilidad de alterar el orden de práctica de los medios de prueba, según las necesidades del caso por acuerdo de las partes o decisión del tribunal, estableciéndose que nunca puede comenzar el juicio con la declaración del acusado.
10. Se altera la regulación de los recursos de apelación y casación y, como novedad reseñable, se incorpora la figura del *amicus curiae* o «amigo del tribunal», esto es, un experto que, al amparo de un interés legítimo, puede participar en la casación auxiliando al tribunal con sus conocimientos acerca de la interpretación que debe hacerse en relación con la norma cuestionada⁴.
11. Se introducen dos mecanismos alternativos a la acción penal, en virtud del principio de oportunidad reglada.
12. Se mantienen los procedimientos urgentes, pero se efectúa una nueva disquisición, separando y diferenciando la regulación de los enjuiciamientos rápidos e inmediatos.
13. Se exige que en la redacción de la sentencia figure, primero y de forma separada, la valoración de la prueba, distinguiéndose así los hechos probados propiamente dichos de la motivación que conduce a ellos. Asimismo, se introduce el canon de la duda razonable y se exige que concurren elementos de corroboración suficiente cuando la única prueba de la acusación es un testimonio de referencia, la mera identificación visual del acusado o la declaración de un coacusado.
14. Se configura un procedimiento separado para la ejecución de sentencias y con entidad propia, independiente del proceso principal.
15. Se aborda la regulación de las herramientas y técnicas de investigación contra la criminalidad, incluyendo la prueba científica, el tratamiento automatizado de datos, las búsquedas inteligentes y las investigaciones encubiertas en entornos digitales. Igualmente se procede a completar la regulación de la prueba de ADN.

No obstante lo anterior, y aun cuando somos conscientes de que todas las cuestiones *ut supra* apuntadas requerirían un estudio en profundidad, habida cuenta del título del presente trabajo, concentraremos nuestra atención únicamente en examinar la regulación que

⁴ Se trata de una figura clásica, cuyo origen se halla en el Derecho romano, y que desde inicios del siglo IX ha sido paulatinamente incorporada a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona. En la actualidad se ha extendido allende el derecho anglosajón, primeramente a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y, más tarde, por el influjo de estos, a otros países que en principio eran ajenos a tal figura. Todo ello según se pone de relieve en la propia exposición de motivos del anteproyecto de LECrim (apartado LXXVIII, que alude al recurso de casación).

para las pruebas de ADN se propone en este borrador. Asimismo, de manera incidental pero imprescindible, trataremos la regulación relativa a las intervenciones corporales, toda vez que para poder obtener una muestra biológica indubitada, al objeto de llevar a cabo el pertinente análisis de comparación entre los identificadores genéticos obtenidos a partir de dicha muestra y los extraídos de la muestra biológica dubitada, es preciso realizar una intervención corporal leve (un frotis bucal, una extracción de cabellos...). En este contexto, hemos de reseñar, con carácter definitorio y aclaratorio, que una muestra biológica indubitada es aquella que se halla identificada desde el primer momento, por cuanto se obtiene directamente de una persona (ya sea investigada, víctima o un tercero), mientras que una muestra biológica dubitada carece inicialmente de identificación (desconociéndose a quién pertenece), visto que se recoge en el lugar de los hechos o en el cuerpo de la víctima.

En suma, nuestro objetivo será desgranar el contenido de la regulación que propone el nuevo anteproyecto de LECrim, destacando cuáles son sus puntos fuertes o ventajas y haciendo especial hincapié, desde una óptica crítica, en los defectos que presenta y los extremos que obvia o malinterpreta.

2. Síntesis acerca de los antecedentes y regulación actual de las pruebas de ADN en el proceso penal español

Para poder comprender el panorama que nos rodea debemos dejar claro, en primer término, que en nuestro ordenamiento jurídico no se contempló regulación expresa alguna relativa a la toma de muestras biológicas para la realización de análisis comparativos de ADN hasta que se aprobó y entró en vigor la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, que, a través de su disposición final primera, reformó la LECrim. Hasta ese momento la labor de justificar la práctica de este tipo de diligencias limitativas de derechos fundamentales recayó en la doctrina y la jurisprudencia, que trataron de cubrir el vacío legal existente sobre la base del principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio, es decir, con los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵.

El interés de la citada Ley Orgánica 15/2003 se concreta en el hecho de que reformó el contenido de dos preceptos fundamentales en la esfera que nos ocupa. Así, añadió el párrafo 3.º al 326 de la LECrim, que alude a la recogida de muestras biológicas dubitadas y actualmente determina que

cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de

⁵ Vid. SSTC 37/1989, de 15 de febrero y 207/1996, de 16 de diciembre, referentes en lo que respecta a las intervenciones corporales.

Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282⁶.

Asimismo, con la indicada Ley se introdujo el apartado 2 del artículo 363 de la LECrim, el cual preconiza que

siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

A pesar de haberse introducido la reforma de la LECrim, se requería la implantación de una base de datos de ADN unificada, labor que se acometió posteriormente, con notable retraso en relación con otros países de nuestro entorno y de la mano de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. La principal pretensión de esta norma pasaba por, como se refleja en su propio preámbulo, crear una base de datos en la que «de manera centralizada e integral, se almacenase el conjunto de los perfiles de ADN obtenidos, a fin de que pudiesen ser utilizados, posteriormente, en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos». De esta suerte, se promueve el intercambio de perfiles genéticos entre los diferentes Estados miembros, generando así una útil y potente herramienta de investigación criminal a nivel transfronterizo. En definitiva, lo que vino a hacerse fue integrar en una única base de datos centralizada los distintos ficheros pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que se almacenaban los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN realizados en el seno de una investigación

⁶ El artículo 282 de la LECrim dispone literalmente lo siguiente: «La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevará a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

Si el delito fuera de los que solo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial».

criminal, o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas y que únicamente pueden contener información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo (ex art. 4 de la Ley Orgánica 10/2007). Esta ley orgánica consagró la coerción jurídica en materia de pruebas de ADN y transmisión y cotejo de perfiles inscritos en la base de datos. De ahí, justamente, se desprende su importancia y virtualidad, al margen de las deficiencias que presenta en relación con diversos aspectos, verbigracia, el carácter excesivo de los plazos de inscripción y eliminación de perfiles genéticos, la parca regulación de la conservación y destrucción de muestras biológicas, la falta de previsión de un régimen diferenciado en relación con personas menores de edad, etc.

Ahora bien, a efectos procesales (eje central de nuestro trabajo), lo que singularmente nos concierne de la Ley Orgánica 10/2007 es el tenor de la disposición adicional tercera, titulada «Obtención de las muestras biológicas», la cual viene a complementar lo previsto en el, ya mencionado, artículo 363.2 de la LECrim, y así establece que

para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los referidos ilícitos penales son, en esencia, delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la LECrim en relación con los delitos enumerados.

Obviamente estas normas, que deben relacionarse e interpretarse de manera sistemática, adolecen de parquedad y no configuran en su conjunto una regulación completa y detallada en materia de pruebas de ADN, entre otros, por los siguientes motivos:

- No se describe el protocolo y pasos relativos a seguir en lo atinente a la recogida de muestras y preservación de la cadena de custodia.
- No se tiene en cuenta el modo en que en la práctica se procede a la inspección y recogida de vestigios y muestras en el lugar de los hechos o en la escena del delito.
- No hace referencia a la posibilidad de efectuar pruebas de ADN sobre terceras personas. Tampoco se alude a la realización de test de ADN sobre grupos poblacionales determinados, ni avalándolos ni prohibiendo su práctica.

A mayores de lo anterior, debe destacarse que hasta la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015 no se admitía la posibilidad de acudir a la *vis* física cuando la persona sospechosa o imputada –ahora investigada– se negaba a someterse a la realización de una medida de intervención corporal leve con fines de identificación genética. Tal panorama condujo a que, en la praxis, la jurisprudencia abogase por adoptar como respuesta y solución mayoritaria, ante la actitud renuente de la persona sospechosa o imputada (ahora investigada), la atribución de un indicio incriminatorio en su contra⁷, pero ello no resultaba suficientemente garantista con el derecho de defensa ni con el derecho a la presunción de inocencia, máxime, a la vista del carácter neutro y ambivalente de las pruebas de ADN⁸, así como de la circunstancia ya señalada por Pérez Marín, relativa a que «la obligación de someterse a determinadas diligencias de intervención corporal no supone una verdadera autoincriminación, ya que no se obliga al afectado a emitir una declaración inculpatoria, sino que este se limita a tolerar que se le practique una pericia»⁹.

Ante tal coyuntura y tras la existencia de distintos intentos frustrados de acometer una reforma integral del proceso penal, se aprobó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Con dicha norma, se modificó la redacción de, entre otros preceptos, el artículo 520, cuyo apartado 6 c), inciso 2.º, vino a reconocer, por primera vez, explícitamente, la posibilidad de acudir al recurso a la *vis* física en caso de negativa de la persona detenida a someterse a la realización de una diligencia de obtención de muestras biológicas indubitadas.

En concreto, dicho precepto dispone que

si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas

⁷ La principal exponente de esta tesis era Huertas Martín (1999, pp. 410 y ss.). Sin embargo, otro sector doctrinal propugnó la línea que finalmente se adoptó a nivel legislativo, destacando González-Cuellar Serrano (1990, pp. 294-297) e Iglesias Canle (2003, p. 48).

⁸ Sobre la regulación de las intervenciones corporales (con fines de identificación genética) y su regulación legal en el ordenamiento jurídico español, antes del año 2015, *vid.* entre otros muchos autores, Iglesias Canle (2011, pp. 164-174) y Martín Pastor (2008, pp. 73-87).

⁹ Siendo en este punto pacífica y unánime la doctrina del Tribunal Constitucional (Pérez Marín, 2008, p. 91). En esta línea, la STS 709/2013, de 10 de octubre, matiza que «la toma de muestras de ADN no es un interrogatorio ni reconocimiento de identidad». A continuación, añade que «la toma de muestras de ADN solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación».

mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

Pese a avalarse aquí el recurso a la coacción física, tal precepto, unido al artículo 129 bis del Código Penal, no supuso ninguna panacea, por cuanto quedaron en el aire numerosos aspectos e interrogantes. El artículo 520.6 c), inciso 2.º de la LECrim únicamente se refiere a la persona detenida, ¿pero qué ocurre si la persona investigada no está detenida? Lo cierto es que debería haberse ubicado el recurso a la coacción física en otro precepto, quizás en el artículo 363.2 (a la espera de una reforma integral), aludiendo a las personas investigadas con carácter general, en la línea del nuevo anteproyecto de la LECrim.

Por otro lado, dicho precepto limita las medidas de obtención de muestras biológicas a la realización de frotis bucales, cuando existen otras, también de carácter leve y de fácil efectua-ción, a las que se puede acudir (léase la extracción de un cabello)¹⁰. Y, además, no dispone nada acerca de los términos en que la autoridad judicial ha de prever el recurso a la coacción física, esto es, qué medidas se pueden aplicar a la hora de ejecutar coactivamente la toma de la muestra biológica si la persona investigada opone, de forma efectiva, resistencia física¹¹.

Por su parte, el artículo 129 bis del Código Penal fue el primero que hizo alusión al re-curso a la coacción física en materia de diligencias de obtención de perfiles genéticos, y se introdujo en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pero quedó en buena medi-da vaciado de contenido, una vez que entró en vigor el citado artículo 520.6 c), inciso 2.º, de la LECrim. Dicho precepto establece que el juez o tribunal pueda acordar, respecto de sujetos condenados por la comisión de determinados delitos graves y cuando exista un peligro relevante de reiteración delictiva, la obtención de muestras biológicas de su perso-na, la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN y la inscripción de los mismos en la base de datos, incluyendo la facultad de recurrir a la coacción física en el caso de negativa. Es evidente que este artículo debía haberse añadido en la Ley Orgánica 10/2007, pero ello supondría un galimatías para el legislador, que tendría que verse obli-gado a reformar otra norma, con los problemas (a nivel político) y trámites que ello implica.

Amén de lo anterior, el artículo 129 bis del Código Penal que, en línea de principio, se in-trodujo para dar cumplimiento a las directrices recogidas en el artículo 37 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote, el 25 de octubre de 2007, aunque pudiera parecerlo, no entrañó ningún

¹⁰ De hecho, si nos ponemos en el supuesto de una persona investigada que rehúse facilitar voluntariamen-te una muestra biológica, realizar un frotis bucal para obtener saliva no será precisamente la tarea más sencilla, por cuanto habría que sujetarla y obligarla a abrir la boca, con lo que ello supone.

¹¹ Para un examen sobre el artículo 520.6 c), inciso 2.º, de la LECrim, *vid.* Álvarez Buján (2018, pp. 339-363) y Armengot Vilaplana (2017, p. 15).

progreso destacable en el marco de las pruebas de ADN en el ámbito penal. Como, con excelente criterio, explicó Etxeberria Guridi, no aumentó el elenco de sujetos pasivos, dado que la inscripción de identificadores genéticos de personas condenadas ya se contemplaba implícitamente en el artículo 9 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre. El artículo 129 bis del Código Penal no alude tampoco a las medidas de intervención corporal leve a emplear para la obtención de la muestra biológica y, por si fuera poco, vino a generar dudas en relación con el marco de delitos a los que hace referencia, que exceden notablemente de aquellos relativos a la libertad e indemnidad sexual (conforme al Convenio de Lanzarote) y se aproximan más bien al elenco de ilícitos al que hace mención el artículo 3.1 a) de la Ley Orgánica 10/2007¹².

En resumidas cuentas, las reformas parciales y parches efectuados sobre las distintas leyes, arriba mencionadas, no resultaron ni resultan suficientes para considerar acabada la regulación en materia de pruebas de ADN en el seno del proceso penal español¹³ y, por tal motivo, uno de los propósitos que se emprendió con el anteproyecto de LECrim de 2020 fue precisamente tratar de ofrecer una regulación completa de este tipo de prueba científica, que tiene una doble virtualidad, por un lado, como diligencia de investigación limitadora de derechos fundamentales (al ser necesaria la extracción de una muestra biológica indubitada de la persona investigada) y, por otro lado, como prueba pericial (al realizarse un análisis comparativo entre perfiles genéticos dubitados e indubitados, cuyo resultado debe ser plasmado en un informe que se aportará al proceso, acudiendo posteriormente a ratificarlo y explicar/aclarar sus conclusiones el perito que lo elaboró al acto del juicio oral)¹⁴.

3. La propuesta de regulación contenida en el anteproyecto de la nueva Ley de enjuiciamiento criminal: ventajas y defectos

3.1. La propuesta de regulación de la práctica de pruebas de ADN

La regulación de las pruebas de ADN se recoge en los artículos 334 a 339 del capítulo VI «Investigación mediante marcadores de ADN» del título I «Los medios de investigación rela-

¹² Vid. sobre dicho precepto, Álvarez Buján (2018, pp. 364-373) y Etxeberria Guridi (2016, p. 623).

¹³ Como ya reclamaba, entre otros, Ortego Pérez (28 de junio de 2004, p. 1978).

¹⁴ Con todo, debemos matizar aquí que al objeto de ratificar un informe de este tipo se estima suficiente que acuda «el Jefe de Servicio del Organismo oficial o cualquier otro que le represente [...]. La comparencia del perito diferente al que firmó el informe (STS de 6 de septiembre de 2006) no afecta a su validez probatoria, pues se trata de procedimientos estandarizados en los que solo se podría haber discutido contradictoriamente el método y procedimiento de la pericia para el que los que conforman el organismo están plenamente capacitados» (Velasco Núñez, 25 de febrero de 2014, p. 10).

tivos a la persona investigada», inmerso en el libro III «De las Diligencias de la Investigación». En el primero de ellos, el artículo 334, se aborda la regulación de la recogida y obtención de vestigios biológicos, en términos similares a los previstos en el actual artículo 326.3 de la LECrim, pero matizando cuestiones que anteriormente suponían déficits en la práctica. Así, se establece que cuando en el curso de una investigación criminal se hallen vestigios biológicos, cuyo análisis genético pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados, la Policía judicial, el médico forense o el personal facultativo cualificado los recogerán adoptando las medidas necesarias para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. La novedad más subrayable aquí viene de la mano de la alusión al personal facultativo cualificado, ya que en la realidad es este tipo de personal técnico (que normalmente depende de la Policía científica) quien procede a la recogida de las muestras biológicas¹⁵.

Seguidamente se especifican las reglas que deberán observarse para recabar los vestigios biológicos, con la finalidad de asegurar la autenticidad, incolumidad y cadena de custodia de las muestras. Se determina, pues, que la recogida de los vestigios:

- a) Será efectuada por personal facultativo con formación especializada y equipo técnico adecuado.
- b) Todas las personas que intervengan en la práctica de la diligencia se identificarán en el atestado.
- c) Se emitirá un acta identificando objeto y lugar donde se hallan los vestigios, tipo de material biológico al que pertenecen y fecha y hora de su recogida.
- d) Se indicarán las condiciones de almacenaje, los precintos y las medidas de seguridad tomadas para asegurar la autenticidad del material biológico.
- e) Se dejará constancia de la traza seguida por la muestra, así como de la identidad de todas las personas que hayan estado en contacto con ella.
- f) Se dejará constancia del protocolo de actuación observado para evitar la contaminación de la muestra.

Con tales precisiones que, hasta ahora, no se contemplan de manera expresa en una norma con rango de ley, se trata de asegurar unos patrones comunes para el correcto embalaje y transporte por medio seguro de las muestras biológicas, dejando constancia escrita de las fases y personas por las que pasan las muestras biológicas¹⁶, y ello con el propósito

¹⁵ Además, se elimina al juez de instrucción como un posible sujeto que proceda directamente a la adopción de medidas de recogida y custodia de muestras biológicas, modificando la línea de la redacción del artículo 326.3 de la actual LECrim, toda vez que esta posibilidad nunca se materializa porque el juez de instrucción no tiene formación ni conocimientos para realizar tal tarea.

¹⁶ Hasta ahora, en la práctica, no constan registrados todos los pasos de las muestras ni la identificación de todas las personas que, de una u otra forma, manipulan las mismas.

de evitar que surjan problemas en relación con la validez y eficacia de las pruebas de ADN, se produzcan y aleguen contaminaciones de las muestras o se cuestione (durante el proceso y en el momento en que el perito acuda a deponer en el acto del juicio oral) la preservación de la cadena de custodia.

Por su parte, el artículo 335 se refiere a la diligencia de obtención de muestras biológicas de la persona investigada y, en primer término, dispone que

cuando para la comprobación de los hechos investigados o la determinación de su autor sea necesario comparar los perfiles de ADN obtenidos en el curso de la investigación con el perfil genético de la persona investigada, el Juez de Garantías, a petición del Ministerio Fiscal, podrá acordarlo, autorizando que con tal finalidad se obtengan y analicen las muestras biológicas de la persona investigada.

Se confirma aquí la necesidad de que se dicte una autorización judicial motivada para la práctica de una diligencia como esta, limitadora de derechos fundamentales, de modo que aun cuando se encomienda la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal¹⁷, se debe recabar siempre la aprobación de la autoridad judicial que tiene atribuido el rol de garante, esto es, el juez de garantías, figura que se instaurará (en la línea que ya preconizaban los anteproyectos de 2011 y 2013), en la cual se convertirán los actuales jueces de instrucción¹⁸.

El referido precepto, en el primer inciso de su apartado segundo, corrobora que este tipo de diligencias se corresponden con lo que se conoce técnico-jurídicamente como «intervención corporal», estableciendo que para la práctica de tales actuaciones, cuando se lleven a cabo directamente sobre el cuerpo de la persona investigada, será de aplicación lo dispuesto en el capítulo anterior (que es el que se ocupa de la regulación de las inspecciones e intervenciones corporales y, en particular, al ser una intervención corporal de carácter leve, se aplicará lo dispuesto en los artículos 326, 327 y 329 a los que haremos mención en el siguiente subepígrafe). A continuación, y como resulta lógico, se excepciona la obligación de recabar autorización judicial cuando la persona interesada preste (libre y voluntariamente) su consentimiento, pero el mismo no podrá otorgarse de cualquier modo, sino de conformidad con lo establecido en el artículo 337 del propio anteproyecto de LECrim, lo que implica que para prestar esa aquiescencia válidamente deberá haberse recibido, de forma clara y comprensible, información acerca del modo de obtención de la muestra, su finalidad, los análisis que se realizarán sobre la misma, los datos que se pretenden recabar,

¹⁷ Que será el único destinatario directo de la noticia *criminis*.

¹⁸ En términos generales, de las resoluciones que dicte solamente serán recurribles los autos de sobreseimiento y los que resuelven sobre las medidas cautelares.

Se precisa, además, en el punto LIV de la exposición de motivos que «la defensa y las acusaciones podrán tener acceso al Juez de Garantías para obtener el aseguramiento de una fuente de prueba siempre que exista un riesgo objetivo de pérdida que impida toda demora».

el uso y tratamiento que se dará a estos, etc. Y en caso de que la persona afectada se encontrase detenida deberá recibir dicha información de forma verbal y escrita, estando ineludiblemente asistida de letrado¹⁹. Se deja así atrás cualquier duda o discusión planteada en relación con la necesidad o no de asistencia letrada en este contexto²⁰.

Más controvertidos resultan los siguientes apartados del artículo 335. Precisamente, a la vista del panorama que se consagra al contemplar en relación con la persona investigada la posibilidad de hacer uso de la coacción física cuando esta rehúse facilitar sus muestras biológicas, no se comprende el tenor de los apartados 3 y 4 del artículo 335 del anteproyecto. Los mismos resultan ilógicos, incoherentes y, a nuestro juicio, contrarios a la preservación del derecho de defensa (y a la línea garantista que presume y parece pretender de manera global el texto del anteproyecto), así como a la salvaguarda del derecho a la intimidad –genética– y a la autodeterminación informativa.

¹⁹ El tenor literal de dicho precepto es el siguiente:

1. Toda persona que haya de facilitar muestras biológicas para la realización de un análisis genético destinado a obtener marcadores de ADN deberá ser informada de manera comprensible y antes de prestar su consentimiento (para que el mismo pueda reputarse válido) sobre los siguientes aspectos:

- a) la forma en que se obtendrá la muestra,
- b) el fin que se persigue con su obtención,
- c) los análisis que habrán de realizarse sobre ella,
- d) los datos e informaciones que se pretenden obtener mediante el análisis y
- e) los derechos que le asisten en relación con el tratamiento y la cancelación de dichos datos e informaciones.

2. Si la persona afectada se encontrase detenida, la información referida en el apartado anterior deberá proporcionarse de forma verbal y escrita y el consentimiento solo será válido si quien lo presta cuenta en dicho momento con asistencia letrada.

3. Los menores de edad, mayores de catorce años, y las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente podrán prestar consentimiento cuando por sus condiciones personales y de madurez puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia. En todo caso, en el momento de prestarlo estarán asistidos por su representante legal.

Siempre que se trate de menores de catorce años y de personas que no comprendan el alcance y el significado de la diligencia, será preciso el consentimiento de su representante legal.

²⁰ Recordemos que el artículo 265.2 del frustrado anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal de 2011 (ya postergado) preveía que si el imputado se hallase detenido, podría prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilizasen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal. Ello estimamos que se hizo sobre la base de una línea doctrinal que defendía tal postura, al entender que un frotis bucal no es una intervención corporal invasiva, obviando la entidad de la información que se extrae a partir de una muestra recabada de este modo y del uso que a la misma se le puede dar, tanto en el marco del proceso penal en cuestión, como en lo que respecta a la base de datos de ADN. Sobre la polémica de la preceptividad o no de la asistencia letrada para la toma de muestras biológicas, cfr. Álvarez Buján (2018, pp. 276-298).

El apartado tercero dispone que

si la persona investigada no consintiera, el Ministerio Fiscal podrá recabar la autorización del Juez de Garantías para utilizar, a los fines expresados en este artículo, las muestras abandonadas que fundadamente se le atribuyan. En este caso, se informará a la persona investigada de las circunstancias en las que la muestra haya sido obtenida y se le permitirá proporcionar otra auténtica para realizar una prueba de contraste.

Excepcionalmente, si se tratase de la comisión de un delito grave y las investigaciones se hubiesen declarado secretas, el Juez de Garantías, a petición del Ministerio Fiscal, podrá autorizar que se obtenga la muestra y el perfil genético sin conocimiento del interesado.

El tenor literal de tales previsiones carece de sentido, por cuanto, en su momento, se hizo uso de las mismas como un recurso para poder recabar muestras biológicas cuando el panorama normativo no permitía hacer uso de la coacción física. Tal actividad fue amparada bajo el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, sobre la prueba de ADN²¹. Su única esencia y justificación era la ausencia de una previsión legislativa que avalase el recurso a la coerción física, y su finalidad residía en procurar la manera de realizar el análisis genético sin tener que renunciar al mismo, aplicando como alternativa el indicio incriminatorio ante la negativa, cuya virtualidad o utilidad depende, en última instancia, del resto de pruebas y, de carecer de las mismas, el investigado podría lograr su impunidad, fenómeno que resultaba acuciante, especialmente, en supuestos de delitos graves. El empleo de muestras abandonadas y fundadamente atribuidas planteó muchos problemas en la práctica, tocantes no solo a la licitud de su obtención (pues en ocasiones se empleaban a tal efecto subterfugios de dudosa legalidad), sino también a las garantías relativas al derecho de defensa, al derecho a la intimidad genética y al derecho a la autodeterminación informativa. Existía una línea muy fina y débil entre «muestra atribuida» y «muestra obtenida por engaño»²².

Si ahora se avala la coerción física y se completa la regulación de la misma, atribuyendo al juez de garantías la competencia de determinar en su auto, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad, la medida de obtención de la muestra biológica indubitada y las

²¹ Los términos del referido acuerdo fueron los siguientes: «La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial».

²² Reparemos en los casos en que la policía ofrece en un interrogatorio, a una persona acusada, un cigarrillo o un vaso de agua, donde quedarán sus restos de saliva, y detengámonos en la relevancia de esto en una época en la que el abogado de la defensa no podía entrevistarse antes de la primera declaración en sede policial con su defendido. El derecho a la asistencia letrada desde el primer momento no se materializó hasta que se transpuso en nuestro ordenamiento interno, de la mano de la Ley Orgánica 13/2015, la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013.

medidas para recabar la misma de forma coactiva si fuese necesario, ¿por qué van a avalarse subterfugios que pongan en riesgo y en entredicho los derechos reseñados? ¿Dónde queda el reconocimiento de la preceptividad de la asistencia letrada, que se garantiza firmemente, por fin, en este anteproyecto de LECrim, si se avala la obtención de muestras biológicas atribuidas o abandonadas? Tratan de salvarse estas incongruencias del texto prelegislativo asegurando la posibilidad de que la persona investigada facilite una muestra de contraste, ¿pero por qué ha de hacerlo? Si se contempla la vis física, a tal posibilidad debe recurrirse sin usar ningún subterfugio, pues, insistimos, ya no es necesario inventar y justificar vías sibilinas. El problema de antaño se ha disipado porque ya disponemos de una regulación (mejorable) que no teníamos (art. 520.6 c, inciso 2.º de la LECrim) y, si prospera, tendremos la regulación que ahora propone de forma más completa el nuevo anteproyecto de LECrim.

No obstante lo anterior, consideramos que a la coacción física debe acudir siempre en defecto de modelo comparativo para aplicar, en primer término, la coerción jurídica, instaurada en su día de la mano de la Ley Orgánica 10/2007. Este último modo de coerción consiste en la comparación de los perfiles genéticos obtenidos a partir de la muestra dubitada con los que figuren insertados en la base de datos de ADN (siempre y cuando hayan sido lícitamente inscritos y no se haya rebasado el plazo de cancelación de la inscripción). Obviamente debe garantizarse aquí la posibilidad de que la persona investigada facilite voluntariamente una muestra de contraste.

La otra previsión del artículo 335 que resulta controvertida es la de su apartado cuarto, en la que si bien se consagra como garantía (especialmente del derecho a la intimidad genética y del derecho a la autodeterminación informativa) que «salvo consentimiento expreso de la persona investigada o autorización judicial, en ningún caso podrán traerse al procedimiento las muestras o informaciones de la persona investigada obtenidas para otros fines»; sin embargo, llamativamente, se recoge una salvedad más que controvertida al establecer que en los casos de comisión de un delito grave, cuando concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de garantías podrá autorizar la utilización de muestras obtenidas para un fin diagnóstico, terapéutico o de investigación biomédica. Tal inciso tampoco puede comprenderse, resultando aquí *mutatis mutandis* reproducibles los argumentos esgrimidos en relación con el aval del empleo de las muestras biológicas abandonadas o atribuidas. ¿Por qué se va a utilizar un subterfugio o recurso subrepticio que además implica el acceso a información íntima y ajena a la necesaria para la investigación criminal, cuando el anteproyecto de LECrim de 2020 contempla la coerción física y la regula más pormenorizadamente de lo que ahora hace en el artículo 520.6 c) de la actual LECrim? Ello es incongruente, amén de contradictorio con el espíritu garantista del que presume el texto en su exposición de motivos.

Obtener muestras biológicas indubitadas haciendo uso de las bases de datos biomédicas o de salud no es sino otro método reprochable de obtención de muestras que puede redundar inclusive en la ilicitud o nulidad de la prueba. Con todo, esto no es una cuestión novedosa, sino que ya se propuso y se ha venido debatiendo desde hace largo tiempo. Ante la polémica suscitada por esta vía de obtención de muestras indirecta, ya Mora Sán-

chez (2001) aseveró que «desde el punto de vista de la legalidad vigente no pueden aceptarse, bajo ningún concepto, estas muestras o estos datos como prueba en contra de ese sujeto que está inmerso como imputado en un proceso penal» (p. 181)²³. No cabe duda de que recurrir a estos métodos no deja de atacar los derechos fundamentales de la persona investigada, porque al margen del interés público en la persecución e investigación de los delitos y del *ius puniendi* del Estado, se constriñe (y ahora sin necesidad alguna y, por consiguiente, se vulnera) su derecho a la intimidad genética y a la autodeterminación informativa. La cuestión en su momento se salvó porque no existía ninguna previsión legal expresa que obligase a ceder información genética obtenida con fines sanitarios o de investigación biomédica ni al Estado ni a los poderes públicos. Consecuentemente, a tal fin, siempre sería necesario el previo consentimiento de la persona afectada y, en su defecto, una autorización judicial motivada²⁴. Pero lo cierto es que en la práctica no se emitían autos en tal sentido, ello seguramente debido al temor de que se planteasen problemas de ilicitud de la prueba, pues como bien señaló Narváez Rodríguez, con esta vía se está realizando una utilización desviada de una muestra biológica que fue obtenida para un fin (notoriamente) diferente. Este autor planteaba, además, el supuesto de que con autorización judicial se pudiera obtener por las autoridades policiales una muestra biológica (que sería indubitada) de una persona sospechosa que obrase en un determinado banco de datos de ADN en un centro sanitario para hacer más tarde el análisis de cotejo (Narváez Rodríguez, 2004, p. 74), si bien desechaba tal recurso y lo reputaba igualmente ilícito, al entender que

una resolución judicial no puede conformar a derecho en ningún caso el uso desviado de unas muestras biológicas obtenidas para finalidad distinta de la ulteriormente utilizada, pues faltaría el presupuesto de legitimidad necesario como es el del consentimiento para el uso de la muestra obtenida (Narváez Rodríguez, 2004)²⁵.

Ahora bien, allende la preocupante e *in crescendo* tendencia socio-jurídica de recabar, manejar y cruzar información sensible masivamente, estimamos que la razón de que se haya

²³ El autor, haciéndose eco de Choclán Montalvo y con la intención de fundamentar su postura señalaba que «la Recomendación del Consejo de Europa, emitida en la reunión del Comité de Expertos en Bioética, en Estrasburgo, en mayo de 1991, con relación a la información derivada de análisis de ADN para la investigación y persecución de los delitos criminales, dispone que aquella no debe ser usada para otros propósitos excepto cuando esta información aparece claramente relevante para la salud del individuo, e inversamente las tomas obtenidas para propósitos médicos no podrán ser utilizadas para otros fines».

²⁴ Evidentemente, sin aquiescencia de la persona afectada o, en su defecto, sin autorización judicial, nos enfrentaríamos a una prueba prohibida, que vendría nula y carecería de eficacia probatoria, a tenor de lo previsto en el artículo 11 de la LOPJ, y ello por cuanto con tal medida se estaría cercenando los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informativa. *Vid.* también aquí Mora Sánchez (2001, pp. 181-182).

Considera asimismo que no es correcta, por poder resultar lesiva desde el punto de vista de la *privacy*, la actuación de intervenir las muestras biológicas obtenidas del interesado con fines de diagnóstico para utilizarlas en el marco del proceso penal (Montagna, 2008, p. 88).

²⁵ Cfr. también Silva Rodrigues (2010, pp. 553-554).

incorporado esta controvertida previsión en el anteproyecto de LECrim de 2020 responde a que tal posibilidad de incorporar al proceso información ajena obtenida con fines médicos, terapéuticos, etc. fue aceptada en su día por el Tribunal Constitucional, supeditando la misma obviamente a que se dictase una autorización judicial, sin que la Policía pudiese tener acceso directamente a ella²⁶. *De facto*, en una línea similar a la del nuevo texto prelegislativo, ya el artículo 263.4 del frustrado anteproyecto de 2011 propuso que «salvo consentimiento expreso del investigado o autorización judicial, en ningún caso podrán traerse al procedimiento las muestras o informaciones del investigado obtenidas para otros fines».

Cambiando de tercio, el artículo 336 introduce una novedad nada desdeñable que hasta el momento no se prevé explícitamente en la norma procesal, como es la posibilidad reconocida de proceder a la toma de muestras biológicas con fines de identificación genética de personas no investigadas, es decir, terceras personas. Dicho precepto dispone en su primer apartado que, a tal efecto y para los fines previstos en el capítulo en que se encuadra, para obtener muestras biológicas de personas no investigadas bastará su consentimiento, y para prestar el mismo válidamente deberán recibir información previa de la finalidad para la que vayan a ser utilizadas.

En su segundo apartado el precepto señala el modo de proceder en el supuesto de que la persona²⁷ no consintiera facilitar sus muestras biológicas. De materializarse tal hipótesis, el juez de garantías, a petición del Ministerio Fiscal, en atención a la gravedad del hecho in-

²⁶ Cfr., sobre este particular, Etxeberria Guridi (2000, p. 315).

En este orden de cosas, resulta de particular interés la STC 25/2005, de 14 de febrero (TOL776.003). Dicha sentencia alberga un voto particular de la magistrada D.^a María Emilia Casas Baamonde, en el que argumenta que «el precepto de la Ley de enjuiciamiento criminal en que se fundamenta la resolución impugnada de la Audiencia Provincial, el art. 339, no presta a la incorporación al proceso de la analítica practicada la cobertura legal exigida por nuestra doctrina para todo acto limitativo de los derechos fundamentales. Con independencia de que tal precepto parezca referirse a un tipo de supuestos (medios de "desaparición del cuerpo del delito" o pruebas recogidas "en su defecto") en el que no es subsumible el analizado, es lo cierto que ni esta norma legal ni la más pertinente contenida en el art. 336 LECrim (relativa a la prueba pericial de "las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que este se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida") suponen, por su carácter genérico, la "previsión legal específica" necesaria "para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b). No es una mera habilitación legal genérica la que demanda constitucionalmente la restricción judicial de derechos fundamentales, sino la expresa y concreta previsión de tal restricción». A dicho voto particular se suma el magistrado D. Manuel Aragón Reyes. *Vid.*, también aquí, Rosa Cortina (2005, pp. 1112-1114).

²⁷ Se indica aquí la persona investigada, si bien entendemos que se trata de un error de redacción y que en realidad se quiere referir a terceras personas. Del mismo modo, entendemos que existe otra errata en la disposición final octava, donde consta que «la presente ley entrará en vigor a los seis años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», pues carece de sentido que exista un periodo de *vacatio legis* de seis años, estimando, por tanto, que debe referirse a seis meses. Imaginamos que tales erratas serán corregidas, en su caso, en la versión definitiva del texto, si finalmente llega a ver la luz como ley.

investigado y necesidad de la intervención, podrá autorizar que se le requiera para que facilite la toma de la muestra, imponiendo incluso que esta se obtenga contra su voluntad. A tal efecto, la resolución en la que se acuerde justificará la necesidad de la obtención forzosa y expresará el medio para hacer cumplir la decisión. A nuestro entender, prever la ejecución forzosa de la medida de obtención de muestras biológicas de una tercera persona resulta controvertido, por cuanto una diligencia limitadora de derechos fundamentales (especialmente una de tal entidad y trascendencia)²⁸ solo debería ser obligación (procesal) de la persona investigada. Nada tiene que ver el estatus de esta persona con el de un tercero (sobre quien no recaen indicios de criminalidad) y que simplemente actuaría como coadyuvante de la investigación penal. Al margen de lo anterior, del tenor del apartado tercero del artículo 336 se desprende la prohibición de utilizar la información derivada de las muestras biológicas de personas no investigadas para fines distintos de la investigación en la cual han sido obtenidas, lo que a nuestro parecer conforma una garantía, que consideramos ineludible.

El artículo 338 se encarga de regular el procedimiento de análisis de los perfiles de ADN. Así, en la línea del artículo 5 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, establece que las muestras o vestigios que deban analizarse para la extracción de los marcadores de ADN con fines identificativos se remitirán a laboratorios debidamente acreditados. Asimismo, expresamente indica que los datos extraídos a partir del análisis se limitarán a la extracción de perfiles de ADN dirigidos a la identificación, sin proporcionar información alguna relativa a la salud de las personas. Este precepto supone un avance con respecto a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, por cuanto por fin se deja atrás la disquisición entre ADN codificante y no codificante, empleada (como se ha venido haciendo por los legisladores del entorno) sobre la premisa equivocada (y desmentida por los avances científicos) de que a través del segundo no puede recabarse información íntima ni ligada a la salud. En este sentido, Lareu Huidobro (2014) explica que

con el mayor conocimiento del genoma humano nos estamos dando cuenta de que la división entre codificante y no codificante no es tan estricta. En muchas ocasiones puede suceder que el propio análisis del ADN no codificante proporcione información acerca del estado patológico de una persona debido al ligamiento de algunos marcadores localizados en dichas regiones a algún gen que esté implicado en el desarrollo de una enfermedad (p. 166).

Asimismo, el citado precepto efectúa una remisión indirecta y en términos genéricos a los artículos 3.1 a) y 9 de la Ley Orgánica 10/2007, al establecer que la inscripción de los perfiles genéticos en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN tendrá lugar en los casos y términos recogidos en su ley reguladora, especificando que los mismos

²⁸ A la vista de la información que se puede averiguar a partir de una prueba de ADN (léase, por ejemplo, vínculos parentescos desconocidos, sexo cromosómico, que puede ser diferente del que socialmente se tenga adscrito...).

se mantendrán en ella hasta que, de acuerdo con lo establecido en dicha norma, proceda su cancelación. Entendemos que dicha remisión resulta prescindible, ya que no aporta ninguna novedad y tampoco completa ni modifica lo previsto en la Ley Orgánica 10/2007. Con todo, al hilo de la misma se precisa que, a tales efectos, el letrado de la Administración de Justicia comunicará al administrador de la base de datos policial las resoluciones que pongan fin al procedimiento en el que se obtuvieron dichos perfiles y, en todo caso, la sentencia absolutoria, el auto de sobreseimiento y la resolución de archivo definitivo del procedimiento o de la ejecutoria. Consideramos que ello se refleja con la intención de procurar la efectiva eliminación/cancelación de las inscripciones de identificadores genéticos cuando expira el plazo marcado para ello, tratando de solventar los problemas de comunicación existentes en la práctica entre las autoridades judiciales, el Ministerio de Justicia²⁹ y el Ministerio del Interior³⁰, que dificultan –y hasta impiden– la eliminación real de los referidos datos, lo que, a su vez, redundaría en el surgimiento de ilicitudes probatorias. Léase, a título ejemplificativo, en un *match* (o coincidencia) que haya surgido en relación con un perfil dubitado y un perfil inscrito en la base de datos de ADN, pero que ya debiera haberse cancelado³¹.

El precepto hace referencia también a la conservación de muestras biológicas y así establece, en su último apartado, que

las muestras halladas en el lugar del delito, en el cuerpo o en las ropas de la víctima se conservarán con las debidas garantías de seguridad hasta que su destrucción sea acordada, de oficio o a instancia del responsable de su custodia, por la autoridad judicial.

Esta redacción es en cierta medida similar a la prevista en el artículo 5.1, inciso 2.º, de la Ley Orgánica 10/2007, si bien, a mayores, precisa que cuando el procedimiento se siguiese contra una persona determinada, no se acordará la destrucción de las muestras hasta que el proceso haya concluido por sentencia firme y, si la sentencia fuera condenatoria, hasta que esta haya sido ejecutada o la pena o el delito hayan prescrito. En efecto, tal tenor permite asegurar la conservación de la muestra para poder practicar un análisis de contraste si resultase preciso en el marco del procedimiento penal en cuestión. Sin embargo, cabe preguntarse si conservar la muestra hasta que la sentencia condenatoria haya sido ejecutada o el delito haya prescrito puede conformar un periodo excesivo. Además, su redacción suscita dudas a la hora de determinar por cuál de las dos hipótesis se optará. Si hablamos de sentencia condenatoria, entendemos que debería aplicarse el plazo relativo a la ejecución de la

²⁹ Quien gestiona la inscripción y cancelación de antecedentes penales.

³⁰ Órgano del que depende la base de datos de ADN policial.

³¹ Para examinar estos extremos a mayor abundamiento, *vid.*, entre otros, Frías Martínez (30 de septiembre de 2013, pp. 1360-1361) y Álvarez Buján (2018, pp. 470-475). Cfr. también SAP de Madrid, núm. 258/2009, de 30 de diciembre (TOL1.806.674).

sentencia, de modo que la referencia al plazo de prescripción de la pena o el delito habría de quedar relegada a los casos en que no se haya podido ejecutar la pena³². ¿Pero qué criterio escogemos la prescripción de la pena o la del delito? Carece de sentido prever las dos posibilidades y si los hechos ya han sido juzgados y condenados (sin que se esté cumpliendo la pena), lo jurídicamente más lógico sería atender al criterio de prescripción de la pena.

En todo caso, se advierte en los últimos incisos analizados que el anteproyecto de LE-Crim se excede en sus términos y trasciende de lo meramente procesal a lo que, en realidad, debería recogerse en una reforma de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre. Parece, pues, que el legislador, consciente de la dificultad y los arduos trámites para conseguir la modificación de leyes, se decanta por introducir algunas previsiones que sirvan al objeto de completar parte de las lagunas o aspectos controvertidos que engloba la ley de base de datos de ADN policial. Ahora bien, no da respuesta completa a todas las controversias y defectos que dicha norma engloba.

Finalmente, el artículo 339 alude al contenido del informe y al valor probatorio que desplegará la diligencia de obtención de muestras biológicas y la prueba de laboratorio de análisis de identificadores genéticos. Así, en dicho precepto se reseña expresamente que la información arrojada por la diligencia se recogerá en un informe pericial, exigiendo que para que el mismo pueda adquirir valor probatorio, deberá ser ratificado y sometido a contradicción conforme a lo establecido en relación con la prueba pericial. Se reconoce aquí la naturaleza de la prueba de ADN como prueba pericial, y ello al margen de que la diligencia de obtención de muestras biológicas dubitadas revista un carácter de prueba preconstituida, por cuanto de no realizarse con inmediatez, se correría el riesgo de que los vestigios que pudieran quedar en el cuerpo de la víctima o en el lugar de los hechos desapareciesen, se contaminasen o deviniesen inservibles³³.

Pero el anteproyecto de LECrim trata de dar respuesta a las dudas que plantea la comprensión e interpretación de los resultados de los análisis de ADN y su inclusión en el proceso como prueba. Para ello establece que el informe pericial deberá recoger de forma clara y comprensible el resultado arrojado por el cotejo de los perfiles de ADN, la información relativa al procedimiento de análisis practicado para su obtención y los datos referentes a la acreditación del laboratorio donde se realizó. Asimismo, se prevé específicamente que en ningún caso podrá incluir el informe pericial afirmaciones sobre la culpabilidad o inocencia de la persona investigada o sobre cualquier otro aspecto distinto a la metodología y resultado del análisis practicado. Con ello se reconoce el carácter ambivalente, indiciario y probabilístico de las pruebas de ADN. Es obvio que el informe pericial solamente puede aludir al examen comparativo de perfiles genéticos (dubitados e indubitados), al proceso seguido en el mismo en el seno de un laboratorio oficial y acreditado y a los resultados arrojados, pero para deter-

³² Pensemos aquí particularmente en la hipótesis de fuga de la persona condenada.

³³ Sobre la naturaleza jurídico-procesal de las diligencias de intervención corporal y la prueba de ADN, *vid.* Álvarez Buján (2018).

minar la culpabilidad o inocencia de la persona acusada, deberán ponerse esos resultados en relación con el resto del acervo probatorio, tarea propia de la valoración probatoria y de carácter puramente jurisdiccional, es decir, que únicamente competente al juez o tribunal.

3.2. La propuesta de regulación de las intervenciones corporales y las remisiones que a la misma se efectúan

La regulación de las intervenciones corporales se recoge en el capítulo IV «Las inspecciones e intervenciones corporales» del título I «Los medios de investigación relativos a la persona investigada» insertado en el libro III «De las Diligencias de la Investigación».

Hemos de matizar que, en atención al objeto de nuestro trabajo, no resulta de interés, por exceder los límites previstos para el mismo, el examen de las inspecciones corporales y las intervenciones corporales graves, de modo que únicamente nos centraremos en el estudio de la propuesta de regulación contenida para las intervenciones corporales leves y su ejecución, en lo que atañe tanto a la persona investigada como a terceras personas.

Empero, con carácter incidental y aclaratorio, debemos reseñar, someramente, la disimilitud existente entre inspección e intervención corporal y, a tal fin, hemos de acudir ineludiblemente a lo declarado en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, claro y principal referente en la materia que nos ocupa. Así, dicha resolución definía las inspecciones y registros corporales como

aquellas diligencias que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

Creando una suerte de paradigma, la STC 207/1996 diferenciaba las referidas inspecciones corporales de la otra figura denominada por la doctrina como intervenciones corporales, al entender por tales

las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la

comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

Y, dentro de esta categoría, la mencionada sentencia del Alto Tribunal distinguía dos subtipos, en función del grado de sacrificio que supongan para el derecho a la integridad física (y también del derecho a la intimidad), de forma que las intervenciones corporales pueden ser calificadas como leves o graves. En particular, serán leves

cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (p. ej., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)³⁴.

En efecto, las directrices definitorias marcadas por la STC 207/1996, de 16 de diciembre han sido seguidas y asumidas desde entonces tanto por la doctrina como por la juris-

³⁴ A colación de lo referido *ut supra* y con carácter complementario o aclaratorio, hemos de poner de relieve que el artículo 328 del anteproyecto de LECrim de 2020 dispone literalmente lo siguiente en relación con las intervenciones corporales graves, cuyo estudio, como ya hemos anticipado, excede los límites fijados para el objeto del presente trabajo:

1. Cuando las intervenciones corporales tengan por objeto la extracción de cualquier sustancia o elemento que deba obtenerse de las zonas íntimas o del interior del cuerpo y, en todo caso, cuando sea necesario administrar anestesia o someter a sedación a la persona afectada, la intervención se reputará grave y requerirá la autorización previa del Juez de Garantías, aun cuando el interesado consienta su realización.

No obstante, para la obtención de una muestra de sangre por venopunción o punción digital bastará con la autorización del Ministerio Fiscal, si el interesado hubiera consentido su realización.

2. Las intervenciones corporales graves se practicarán por personal médico o sanitario cualificado, según el método de intervención técnicamente idóneo, en la clínica médico forense o en el centro médico o sanitario adecuado.

En el caso de que pueda existir riesgo para la salud del afectado, el fiscal recabará informe del facultativo competente acerca de las consecuencias que la intervención corporal pueda tener en la salud de la persona interesada, aportando dicho informe a la solicitud que dirija al juez que haya de autorizarla.

3. Solo podrá ordenarse una intervención corporal grave cuando esté objetivamente indicada para la comprobación de un delito grave y no pueda obtenerse el mismo resultado por otro medio menos lesivo para la integridad física de la persona investigada. Esta será, en todo caso, oída antes de acordarse la práctica de la diligencia.

4. En ningún caso podrán practicarse intervenciones corporales que comporten un riesgo cierto y directo para la vida o la salud del afectado.

prudencia, proyectándose asimismo en el anteproyecto de LECrim de 2020, amén de en los intentos previos de reforma efectuados en 2011 y 2013. A tal tesitura alude el apartado XL de la exposición de motivos del anteproyecto de LECrim, que resume los principales aspectos relativos a la regulación de las inspecciones e intervenciones corporales, teniendo en cuenta que lo tocante a la utilización de marcadores de ADN se sintetiza en el punto XXXVII, donde por primera vez en un texto legal se explica el funcionamiento práctico de las pruebas de ADN, que consiste en «comparar el perfil genético que puede haberse obtenido de una muestra tomada en el curso de la investigación³⁵ con el perfil de la propia persona investigada». Tal apunte resulta clarificador y, por tanto, singularmente positivo en lo que respecta a la técnica de redacción legislativa tomada.

El artículo 326 del anteproyecto de LECrim de 2020 establece las pautas y fines que, con carácter general y de forma a común a todo el elenco de intervenciones corporales, han de observarse para proceder a su práctica. Así, viene a determinar que para adquirir o asegurar fuentes de prueba, en la investigación de un delito podrán llevarse a cabo intervenciones en el cuerpo de una persona que consistan en la extracción de sustancias o elementos o en la toma de muestras biológicas para realizar los análisis oportunos. Igualmente, dicho precepto, en su apartado segundo, establece que, con independencia de que las intervenciones corporales sean graves o leves, se efectuarán siempre de la manera que menos perjudique a la persona que haya de soportarlas, respetando su dignidad e intimidad. Y como garantía añadida, en su apartado tercero, dispone que las sustancias o muestras biológicas que se obtengan mediante una intervención corporal solamente podrán ser usadas para los fines de la investigación en la que fueron obtenidas, debiendo acordarse su destrucción tan pronto dejen de resultar necesarias.

El artículo 327 es el que se dedica, en singular, a la regulación de las intervenciones corporales leves, esto es, aquellas que han de practicarse al objeto de obtener una muestra biológica indubitada que posibilite la ulterior realización de un análisis de ADN. Entre las intervenciones corporales de esta clase se incluye el precepto la obtención de cabellos, uñas, saliva u otras muestras biológicas que no exijan acceder a zonas íntimas de la persona investigada ni causarle mayor dolor o sufrimiento que la molestia superficial inherente al procedimiento de toma de la muestra y se establece que las mismas podrán ser practicadas por el médico forense o por personal facultativo cualificado de la Policía judicial, siempre que la persona afectada consienta su realización. Ese consentimiento se referirá tanto al procedimiento de obtención de las muestras, esto es, a la práctica de la diligencia de obtención de muestras biológicas y a su posterior utilización para realizar el análisis de ADN que será empleado como prueba en el proceso, como al uso que haya de hacerse de la información obtenida a partir de las muestras, lo que se refiere a la inscripción de la mismas en la base de datos de ADN conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 10/2007. Asimismo,

³⁵ Refiriéndose aquí a una muestra biológica dubitada, recabada del lugar de los hechos o del cuerpo de la víctima.

como garantía del derecho de defensa se exige que si la persona investigada se hallase detenida, su consentimiento solamente podrá prestarse con asistencia y previo asesoramiento de letrado, lo que debe valorarse positivamente, remitiéndonos aquí a las consideraciones ya plasmadas en relación con el artículo 337 del anteproyecto.

En su segundo apartado, el artículo 327, alude a los supuestos en que la persona investigada, tras ser requerida, rehúse prestar su consentimiento, indicando por remisión expresa que en tales supuestos se procederá conforme a lo establecido en el artículo 329 de esta ley. Dicho precepto es el que especifica los términos en que se recurrirá a la ejecución coactiva. Así, determina que la persona investigada está obligada a soportar la práctica de una inspección o intervención corporal si ha sido ordenada y se realiza en los términos establecidos en el anteproyecto, esto es, en síntesis, para la investigación y esclarecimiento de delitos graves, previa información y asistencia letrada a la persona investigada y con arreglo a la emisión de una autorización del juez de garantías (cuando la persona afectada no presente su consentimiento), debidamente motivada en atención al principio de proporcionalidad.

A mayores de lo anterior, el señalado precepto reseña que si la persona investigada rechaza someterse a la diligencia de obtención de sus muestras biológicas, el juez de garantías, a la vista de la necesidad de la actuación y la gravedad del hecho investigado, podrá imponer su cumplimiento forzoso estableciendo, si es imprescindible, las medidas que podrán emplearse para la realización de la diligencia contra la voluntad de la persona afectada. A tal efecto, la resolución en la que se acuerde el cumplimiento forzoso justificará la necesidad de realizar la diligencia y expresará el medio para hacer cumplir la decisión. Tal previsión debe ser valorada igualmente de forma positiva, por cuanto con esta propuesta de redacción se da solución a las lagunas y problemas más reseñables que alberga el tenor del actual artículo 520.6 c), inciso 2.º de la LECrim, y que han sido *ut supra* comentados.

Seguidamente, en el artículo 330, el anteproyecto regula expresamente la realización de inspecciones o intervenciones corporales sobre terceras personas, es decir, personas no investigadas. Así, en la línea del artículo 336 del mismo anteproyecto, dicho precepto preconiza que cualquier persona no investigada podrá ser requerida para someterse a una inspección o a una intervención corporal si su ejecución resultase indispensable para la comprobación de los hechos, remitiéndose lógicamente a las condiciones y supuestos establecidos en los artículos anteriores³⁶.

³⁶ Se entiende que la intención del prelegislador es considerar incluida dentro de esas condiciones y supuestos la posibilidad de recurrir a la coacción física en caso de que la tercera persona rechace someterse a la intervención corporal, y ello particularmente si relacionamos este precepto con el artículo 336. Asimismo, es de destacar que en el apartado segundo de este precepto se prevé específicamente el régimen a adoptar en relación con las personas menores de edad o con la capacidad de obrar modificada judicialmente, exigiendo su consentimiento cuando, por sus condiciones personales y de madurez, puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia. En tales casos, también se reputa obligatorio obtener el consentimiento de su representante legal.

Como garantía, se prevé que esas terceras personas pueden rehusar someterse a una diligencia de intervención corporal por los mismos motivos por los que puede excusarse la declaración como testigo conforme a esta ley (ex art. 660 que refiere las exenciones del deber de declarar por razón de parentesco). Entendemos que esta previsión debe ser extrapolable y aplicable a la realización de pruebas de ADN, aun cuando el artículo 336 no lo dispone específicamente, y ello teniendo en cuenta que la toma de muestras biológicas se efectúa por medio de una intervención corporal (leve) y que, en muchas ocasiones, el interés en extraer y analizar muestras biológicas de terceras personas residirá en la existencia de un vínculo biológico con la persona investigada³⁷. De hecho, consideramos que, para evitar problemas y dudas en la práctica, el texto prelegislativo debería enmendarse, al objeto de contener una previsión similar a la del artículo 330 en el artículo 336, ya sea directamente o por remisión de un precepto al otro.

En otro orden de cosas, en ninguno de ambos preceptos (arts. 330 y 336) se contempla nada específico en lo concerniente a la práctica de pruebas de ADN sobre determinados grupos de personas, quedando la duda de si el prelegislador entiende o no esto subsumido dentro de los mismos. En todo caso, debe rechazarse el recurso a las bases de datos de ADN generales poblacionales y a los test masivos de ADN, por resultar los mismos desproporcionados y prospectivos. Para efectuar pruebas de ADN sobre algún grupo de personas específico que por características perfectamente delimitadas, ya sean rasgos físicos, lugar de residencia, trabajo, etc., pudiera guardar relación con la persona autora de los hechos punibles, cuya identidad se desconoce, ello tendría que hacerse (siguiendo a modo de comparativa, en buena medida, el modelo alemán) en el caso de investigación de delitos graves y como último recurso, es decir, cuando se hayan agotado otras vías de investigación. La medida, además, tendría que ser acordada por la autoridad judicial de manera motivada, sin que los perfiles obtenidos de esas terceras personas se inscriban en la base de datos de ADN. Entendemos que en caso de negativa de alguna de las personas del grupo, no podría recurrirse a la coacción física (no son personas investigadas) ni tampoco derivarse automáticamente un indicio incriminatorio si no existe más base fundada o prueba para ello³⁸.

3.3. Otras previsiones de interés en relación con las pruebas de ADN

No podemos obviar que una tercera persona también es la víctima. En el artículo 103 del anteproyecto de LECrim de 2020 se recogen reglas para impedir que se produzca lo que se denomina como victimización secundaria, y así se prevé que todas las autoridades

³⁷ Además, tal dispensa se prevé, *mutatis mutandis*, en el marco de otro tipo de diligencias de investigación, por ejemplo, vigilancia acústica (art. 385).

³⁸ En relación con este punto, *vid.* Álvarez Buján (2018, pp. 696-709) y Etxeberría Guridi (2014, pp. 137-140).

intervinientes en el marco del proceso penal adoptarán las medidas precisas para evitar que la víctima se vea sometida a situaciones que puedan causarle un sufrimiento innecesario o desproporcionado. Se determina que el reconocimiento médico de las víctimas (al igual que su declaración) se efectuará únicamente cuando resulte necesario a los fines de la investigación y no se repetirá su práctica salvo que resulte imprescindible a estos mismos fines. Se exige que la víctima sea tratada con pleno respeto a su dignidad en toda diligencia policial o actuación procesal que se realice, debiendo dispensársele un trato digno y habilitando dependencias adecuadas al efecto que le permitan permanecer en ellas junto a su representante o persona que la acompañe.

Tales previsiones resultan de plena aplicación para los supuestos en los que pueda devenir necesario realizar un examen (íntimo) a la víctima (especialmente en el marco de la investigación de delitos sexuales), a fin de recabar muestras biológicas que el agresor hubiera podido dejar en su cuerpo o, inclusive, en casos en que resulte de utilidad la realización de una prueba de ADN a la víctima, al objeto de diferenciar su perfil genético del perfil de la persona autora de los hechos punibles, cuando se ignore la identidad de este última. Se trata de garantizar en todo caso la dignidad, respeto y debida tutela a la víctima, en la línea preconizada inicialmente por la Decisión Marco del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo), después por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo y, posteriormente por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito³⁹. Obviamente se desprende que el sometimiento por parte de la víctima a este tipo de exámenes o exploraciones debe ser consentido libre y voluntariamente, sin que cuando esta rehúse sujetarse a una actuación de este tipo pueda aplicarse la ejecución coactiva, y ello, por cuanto, a diferencia de lo que sucede respecto de las personas investigadas, en relación con las víctimas no puede predicarse la existencia de una obligación procesal⁴⁰.

En lo que respecta a la víctima deben tenerse en cuenta, asimismo, las previsiones contenidas en el anteproyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en cuyo artículo 47.2 se dispone que

sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 363 y 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982, la recogida

³⁹ Destacando, con peculiaridad en el contexto que nos atañe, el artículo 21.

⁴⁰ Ya el borrador de Código Procesal Penal de 2013 diseñaba un Estatuto de la víctima en sus artículos 59 a 68 y, en particular, en su artículo 60.3 explicitaba que no existe una obligación procesal en relación con la víctima (ofendida por el delito), para someterse a la práctica de medidas de intervención corporal.

Sobre las cuestiones aquí comentadas en lo atinente al papel de la víctima como posible sujeto de pruebas de ADN, *vid.* Álvarez Buján (2018, pp. 380-390).

de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, para su posterior análisis genético y toxicológico, no estará condicionada a la presentación previa de denuncia o al ejercicio de la acción penal. Las muestras biológicas se conservarán y custodiarán debidamente por el centro sanitario hasta que sean solicitadas por el juzgado, o se destruirán previo consentimiento informado en el plazo y condiciones que reglamentariamente se determinen.

Por otro lado, debe reseñarse que también mantiene una estrecha relación con la materia relativa a las pruebas de ADN, aunque lo hace indirectamente, el artículo 657. Dicho precepto, a cuya novedad aludíamos en la introducción del presente trabajo, lleva por título «Orden de práctica de los medios de prueba», y en su apartado 1 enumera el orden de práctica de los distintos medios de prueba, comenzando por los propuestos por la acusación y siguiendo por los propuestos por las defensas, del siguiente modo: 1.º la declaración de los testigos; 2.º el examen de los informes periciales; 3.º la lectura y discusión de los documentos, y 4.º el examen de las piezas de convicción.

Además, según el apartado 2 del referido precepto, los testigos y peritos de cada una de las partes serán examinados por el orden consignado en los escritos de calificación, salvo lo dispuesto para los peritos en el artículo 676.4.

La particularidad que especialmente nos atañe se contiene en el apartado 3, que excepciona ese orden inicialmente previsto y permite que el mismo pueda alterarse por acuerdo de las partes o por decisión debidamente fundada del tribunal. No obstante, en el apartado 4, se prevé como límite a esa excepción que «nunca podrá comenzar la práctica de la prueba con la declaración de la persona acusada, debiendo oírse, en todo caso, previamente a los testigos de la acusación»⁴¹. Este punto resulta de singular trascendencia, dado que, conforme a la LECrim y en la práctica judicial, la primera prueba que practicar es con carácter general la declaración de la persona acusada, lo que carece de lógica desde la óptica de la salvaguarda del principio de presunción de inocencia y del derecho de defensa. Es palmario que para poder garantizar los mismos debidamente, primero deberán practicarse las restantes pruebas para que la persona acusada vea y sepa qué es lo que existe

⁴¹ Este último extremo resulta una clara garantía del derecho de defensa, unido además a lo dispuesto en el apartado 5 del mismo precepto, de suerte que «la persona acusada solo prestará declaración, si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno de prueba de la defensa y en el momento que esta considere oportuno.

Esta declaración podrá ser propuesta en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria, aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El tribunal en ningún caso podrá rechazarla.

Ninguna otra parte podrá solicitar la declaración de la persona acusada y, si lo hiciere, el tribunal rechazará de plano la petición».

y puede probarse en su contra, a efectos de poder ulteriormente replicar. De lo contrario, declarando en primer lugar, lo único que hace es proporcionar puntos/información que las acusaciones podrán utilizar en su contra, sin que ulteriormente tenga la persona acusada posibilidad de aclararlas o rebatirlas⁴².

Al margen de lo anterior, la mencionada previsión del apartado 3 del artículo 657 es de suma relevancia en materia de pruebas de ADN, por cuanto estas pruebas revisten un carácter indiciario y probabilístico y deben ser interpretadas en todo caso en conjunto con el resto del acervo probatorio⁴³.

Con certeza, la prueba de ADN no es ninguna prueba estrella, sino que no deja de ser una prueba más, y cuando sus resultados arrojan una coincidencia de perfiles (resultado de inclusión), ello no es por sí solo determinante ni concluyente, pues en este caso solamente sirve para probar que la persona en cuestión (investigada) estuvo en el lugar de los hechos (o pasó por allí casualmente) o mantuvo contacto con la víctima. Por el contrario, si el resultado del cotejo de perfiles es negativo, no hallándose coincidencia alguna, de forma que los resultados de la prueba de ADN son de exclusión, aquí sí podemos hablar de exactitud y valor absoluto, concluyendo al 100 % que no hay relación entre la muestra biológica indubitada y la muestra biológica dubitada⁴⁴.

La prueba de ADN como prueba científica se introduce en el procedimiento penal a través del informe pericial elaborado por los expertos, que después acudirán a deponer al acto del juicio oral, y el orden de intervención de los peritos es el 2.º (en la actual LECrim, es el 3.º)⁴⁵. Sin embargo, en materia de pruebas de ADN, por su propia naturaleza y para lograr una mejor comprensión de sus resultados, amén una correcta interpretación de los mismos,

⁴² En sintonía con esta problemática, precisamente «una de las cuestiones que, con carácter previo al desarrollo del juicio oral, se vienen planteando recientemente es la petición por parte de los abogados defensores de los acusados de alterar el orden de la práctica de la prueba, de forma que el interrogatorio de sus patrocinados se posponga al final de las pruebas propuestas, admitidas y declaradas pertinentes y que se posibilite la reubicación del acusado en estrados de forma que pueda sentarse al lado o muy próximo al abogado defensor para poder establecer así una comunicación fluida y permanente. Es decir, para interactuar y para potenciar el ejercicio del derecho de defensa» (Torras Coll, 19 de junio de 2018).

⁴³ Sobre el valor indiciario y probabilístico de las pruebas de ADN, *vid.*, entre otros muchos autores, Iglesias Canle (2003, pp. 151-152) y Taruffo (2011, p. 444). Asimismo, acerca de la estructura de la prueba indiciaria, *vid.* entre otras, SSTS 272/2015, de 12 de mayo y 532/2019, de 4 de noviembre.

⁴⁴ *Vid.* aquí Carracedo Álvarez (1999, pp. 302-306), Etxeberria Guridi (2000, p. 352) e Iglesias Canle (2003, pp. 150-152 y 2011, pp.194-202).

⁴⁵ El orden en la LECrim actual es, en línea de principio, el que sigue:

- 1.º Declaración del acusado.
- 2.º Prueba testifical.
- 3.º Prueba pericial.
- 4.º Prueba documental.

resulta evidente que lo ideal es que esta sea la última prueba que practicar, una vez que ya se han practicado todas las demás con su correspondiente resultado, y esto precisamente es lo que posibilita el precepto⁴⁶.

4. Reflexiones finales

Amén de los aspectos críticos ya resaltados a lo largo del texto, nos gustaría añadir que la disposición final tercera del anteproyecto de LECrim de 2020, titulada «Proyectos de reforma de otras disposiciones legales», prevé que

el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente ley en el Boletín Oficial del Estado, elevará al Parlamento un proyecto de reforma de las leyes que resulten contrarias a las disposiciones de la presente ley y que precisen su adaptación a la misma.

Como hemos visto, el anteproyecto de LECrim de 2020 debería tocar solamente cuestiones de carácter directamente o indirectamente procesal, conduciendo en lo restante a la modificación de las normas que guarden relación con la potencial nueva LECrim y se queden obsoletas o alberguen contradicciones respecto de aquella, como ocurriría, por ejemplo, con diversos aspectos de la Ley Orgánica 10/2007 (algunos ya apuntados)⁴⁷. Es claro que la

Establece literalmente el artículo 701 de la LECrim que «cuando el juicio deba continuar, ya por falta de conformidad de los acusados con la acusación, ya por tratarse de delito para cuyo castigo se haya pedido pena aflictiva, se procederá del modo siguiente:

Se dará cuenta del hecho que haya motivado la formación del sumario y del día en que este se comenzó a instruir, expresando además si el procesado está en prisión o en libertad provisional, con o sin fianza.

Se dará lectura a los escritos de calificación y a las listas de peritos y testigos que se hubiesen presentado oportunamente, haciendo relación de las pruebas propuestas y admitidas.

Acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y por último con la de los procesados.

Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.

El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte y aun de oficio cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad».

⁴⁶ En relación con esta cuestión, *vid.* Álvarez Buján (2018, pp. 515-516) y Vargas Ávila (2010, p. 144).

⁴⁷ Obviamente analizar el contenido íntegro, así como todos los aspectos controvertidos de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, excede los límites previstos para este trabajo, cuyo contenido es fundamen-

reforma de esta ley debería ir de la mano de la modificación de la LECrim, si lo que se pretende es reforzar, en realidad, las garantías del proceso penal, la presunción de inocencia y el derecho de defensa, sin olvidar la imperiosa necesidad de salvaguardar los datos personales, especialmente a la vista de los numerosos y potenciales riesgos a los que las nuevas tecnologías (*blockchain*, inteligencia artificial, internet de las cosas, etc.) y el cruce masivo y falta de cautela de datos e información nos someten en la actualidad. En este sentido, no es de recibo que los identificadores genéticos de personas sospechosas (especialmente, a nivel meramente policial) se inserten en la base de datos de ADN ya directamente en esa fase inicial de la investigación y consten inscritas hasta que se produzca la prescripción del delito. Ello se presenta singularmente lesivo si se compara con el periodo de cancelación que rige para las personas investigadas que, tras todo el *iter* procesal, resultan absueltas en sentencia o ven la causa archivada mediante auto de sobreseimiento libre. En tales casos los perfiles genéticos se eliminarán de la base de datos tan pronto como dichas resoluciones sean firmes, ello sin perjuicio de los problemas existentes en la práctica para llevar a cabo la cancelación de datos de forma efectiva⁴⁸.

Ahora bien, desde la óptica de la presunción de inocencia, lo deseable, a nuestro juicio, sería no efectuar la inscripción de los identificadores genéticos hasta que la persona en cuestión adquiriera el estatus de encausada⁴⁹. Empero, habida cuenta de que los modelos de derecho comparado y la normativa a nivel europeo (Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016) no parecen muy proclives a esta opción, entendemos que, en todo caso, lo que sí debería perfilarse y reducirse son los tiempos de permanencia en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, y ello en atención al tipo de sujeto pasivo al que pertenezcan, su situación procesal y la gravedad del delito⁵⁰.

A título comparativo, destacaba anteriormente la regulación portuguesa en materia de pruebas de ADN y bases de datos de identificadores genéticos con fines de investigación criminal, ya que hasta la reforma implementada por la *Lei n.º 90/2017, de 22 de Agosto*⁵¹, no estaba permitido inscribir en la base de datos los identificadores genéticos obtenidos en

talmente de índole procesal y ceñido al estudio de la regulación de las pruebas de ADN en el marco del nuevo anteproyecto de LECrim.

⁴⁸ Vid. Álvarez Buján (2018, pp. 561-574), Caruso Fontán (1952, pp. 162-163), Hoyos Sancho (2010, p. 179), Etxeberria Guidi (2013, pp. 118-119) y Soletto Muñoz (2009, p. 161).

⁴⁹ Entendiéndose por tal la persona a quien, una vez concluida la instrucción de la causa, se imputa formalmente la comisión de un delito.

⁵⁰ Vid. al respecto Álvarez Buján (2018, pp. 715-176).

⁵¹ *Segunda alteração à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, e primeira alteração à Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, que aprova a lei de organização e funcionamento do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN.*

relación con personas *arguidas*⁵², sino que para poder proceder a la inscripción de los mismos, debían ser condenadas. Consiguientemente, las personas *arguidas* podían ser objeto de una medida de toma de muestras biológicas indubitadas para efectuar un análisis genético, de manera que su resultado podía emplearse como prueba en el proceso penal en curso, pero los perfiles extraídos a partir de tal análisis no podían ni inscribirse en la base de datos de ADN portuguesa ni utilizarse en futuras investigaciones⁵³.

No obstante, como ya hemos anticipado, la situación cambió a partir de la reforma implementada en el año 2017, cuya finalidad era tratar de lograr que la base de datos portuguesa fuese más eficaz en la práctica desde la óptica de la investigación criminal, dado que desde su creación presentaba notables problemas de inoperatividad, entre otras razones, por contar con un escaso número de identificadores/perfiles inscritos (Álvarez Buján, 2018, p. 528).

Como colofón, nos gustaría poner también de manifiesto que, a pesar de la propuesta de reforma integral que no busca sino acomodar las previsiones del procesal penal a la realidad actual, procurando la modernización de la justicia y, por tanto, su eficacia y efectividad, lo que, en cambio, parece permanecer siempre anacrónico (y sin aparente voluntad de cambio) es el lenguaje empleado en la redacción de las normas. Así se observa que, por más textos que se aprueben, el lenguaje jurídico insiste en su arcaísmo y no reviste (ni tiende a revestir) carácter inclusivo, con lo que ello implica en el imaginario social colectivo. Siguen empleándose, por excelencia, términos individuales y masculinos, incluso a pesar de los esfuerzos empleados en la redacción y promoción de leyes que traten de asegurar y potenciar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Así las cosas, en este nuevo texto de anteproyecto de LECrim se alude igualmente, como es tradicional, al juez, al fiscal, al abogado, al investigado..., en lugar de utilizar fórmulas alternativas e inclusivas, tales como personas investigadas, autoridad judicial o el juez / la jueza...

Por último, no podemos olvidar que, al margen de lo expuesto en este trabajo, así como de las opiniones doctrinales que puedan existir acerca del anteproyecto de LECrim de 2020, todavía tendremos que esperar a que se lleve a cabo toda la oportuna tramitación parlamentaria para saber si el texto verá o no ahora finalmente la luz, si bien cabe reseñar que la coyuntura política del momento parece presentarse favorable a tal fin (al menos más favorable que en etapas pasadas)⁵⁴.

⁵² Según el artículo 57 del Código de Processo Penal portugués, asume la cualidad de *arguido* todo aquel contra quien fuera deducida acusación o requerida instrucción en un proceso penal. Dicha condición se conserva durante todo el transcurso del proceso.

⁵³ *Vid.* Álvarez Buján (2015, p. 109 y 2018, pp. 528-529).

⁵⁴ De modo colateral o complementario reseñamos aquí, resumidamente, los pasos a seguir en la tramitación parlamentaria. Y así:

Tras su aprobación en el Consejo de Ministros, el texto debe ser sometido al Congreso, acompañado de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre el mismo (ex art. 88 de la Constitución española).

Referencias bibliográficas

- Álvarez Buján, M. V. (2015). Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal. *Dereito*, 24(2), 85-118.
- Álvarez Buján, M. V. (2018). *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*. Tirant lo Blanch.
- Armengot Vilaplana, A. (2017). La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 128, 1-32.
- Carracedo Álvarez, A. (1999). Valoración de la prueba del ADN. En M. V. Martínez Jarreta, *La Prueba del ADN en medicina forense: la genética al servicio de la ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad* (pp. 301-308). Masson.
- Caruso Fontán, V. (1952). Base de datos policiales sobre identificadores obteni-

La mesa del Congreso recibe el texto y ordena su publicación en el BOCG y el envío a la comisión correspondiente. A partir de la fecha de publicación, los grupos parlamentarios disponen de un plazo de 15 días para presentar enmiendas al texto (a la totalidad del texto o al articulado, también denominadas parciales), salvo que la mesa, a petición de algún grupo, acuerde un aplazamiento (ex art. 110 RC).

Si el texto resulta aprobado por el Congreso de los Diputados, su presidente dará inmediata cuenta del mismo al presidente del Senado, quien lo someterá a la deliberación de este (ex art. 90.1 de la Constitución española).

Concluido el plazo de enmiendas –y el debate de totalidad, si lo hubiera– la Comisión correspondiente designa, de entre sus miembros, un grupo reducido de diputados representantes de todos los grupos parlamentarios (denominado «ponencia») que, a puerta cerrada, redactan un informe a la vista del texto remitido por el Gobierno y de las enmiendas presentadas (ex art. 113 RC). A tal efecto, dispone de un plazo de 15 días (la mesa de la comisión puede ampliar ese plazo).

Al concluirse el informe de la ponencia, la comisión se reúne nuevamente para debatirlo, junto con las enmiendas artículo por artículo. Tras la votación, se emite un dictamen que se someterá al pleno de la cámara. Los grupos parlamentarios disponen de 48 horas desde la aprobación del dictamen para comunicar cuáles de los votos particulares y enmiendas que resultaron rechazados en la comisión tienen intención de defender en el pleno (ex art. 114-116 RC).

Con el debate en el pleno, que puede comenzar con un nuevo turno de defensa por parte del Gobierno y de presentación del dictamen por un miembro de la comisión, se pone fin a esta primera fase de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, y el texto pasará al Senado (ex art. 118 RC).

La segunda cámara tendrá un plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, en el que puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto (por mayoría absoluta) o introducir enmiendas al mismo. El proyecto de ley no podrá ser sometido al rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple (ex art. 90.2 de la Constitución española).

El referido plazo de dos meses quedará reducido a 20 días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados (ex art. 90.3 de la Constitución española).

- dos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética. *Foro*, Nueva época, 15(1), 135-167.
- Etxeberría Guridi, J. F. (2000). *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*. Comares.
- Etxeberría Guridi, J. F. (2013). La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España. En M. J. Cabezudo Bajo (Dir.), *Las bases de datos policiales de ADN, ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (pp. 63-93). Dykinson.
- Etxeberría Guridi, J. F. (2014). Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II). *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, núm. extra., 105-140.
- Etxeberría Guridi, J. F. (2016). Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En M. Jimeno Bulnes y J. Pérez Gil (Coords.), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (pp. 607-627). Boch.
- Frías Martínez, E. (30 septiembre 2013). ADN y privacidad en el proceso penal. *Diario La Ley*, 8159, ref.ª D-329, 1354-1362.
- González-Cuéllar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex.
- Hoyos Sancho, M. de. (2010). Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: Obtención, Registro e Intercambio de perfiles de ADN de sospechosos. En C. Arangüena Fanego (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en materia de cooperación judicial penal* (pp. 152-181). Lex Nova.
- Huertas Martín, M. I. (1999). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Bosch.
- Iglesias Canle, I. C. (2003). *Investigación penal sobre el cuerpo y prueba científica*. Colex.
- Iglesias Canle, I. C. (2011). La prueba en violencia sexual: especial referencia a la prueba de ADN. En M. Lameiras Fernández e I. C. Iglesias Canle (Coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate* (pp. 191-202). Tirant lo Blanch.
- Lareu Huidobro, V. (2014). Nuevos polimorfismos de ADN: predicción de origen biogeográfico y características físicas. En M. Casado y M. Guillén (Coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos* (pp. 157-169). Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Martín Pastor, J. (2008). Avances jurisprudenciales y legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal. En especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre. En C. Salcedo Beltrán, (Coord.), *Investigación, genética y derecho* (pp. 73-130). Tirant lo Blanch.
- Montagna, M. (2008). Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA. En VV. AA., *La prova penale, Trattato diretto da A. Gaito* (vol. II, pp. 51-92). UTET Giuridica.
- Mora Sánchez, J. M. (2001). *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares.
- Narvéez Rodríguez, A. (2004). La prueba de ADN: su normativa procesal. En *Jueces para la Democracia*, 51, 72-80.
- Ortego Pérez, F. (28 de junio de 2004). Problemas derivados de las intervenciones

- corporales en la investigación criminal (En particular, las exploraciones radiológicas y su valoración probatoria). *Diario La Ley*, 6049, año XXV, ref.^a D-142, 1.975-1.987.
- Pérez Marín, M. A. (2008). *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.
- Rosa Cortina, J. M. de la. (2005). Análisis practicados con fines clínicos y prueba de cargo en la investigación de delitos contra la seguridad del tráfico. *La Ley*, 6358, 1108-1118.
- Silva Rodrigues, B. (2010). *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas* (t. I). Rei dos Livros.
- Taruffo, M. (2011). Le prove genetiche nel processo civile e penale. En S. Rodotà y P. Zatti (Dir.), *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo* (vol. I, pp. 431-446). Giuffrè.
- Soletto Muñoz, H. (2009). *La identificación del imputado: ruedas, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*. Tirant lo Blanch.
- Torras Coll, J. M. (19 de junio de 2018). Alteración del orden de la prueba y ubicación del acusado. *ElDerecho.com*. <https://elderecho.com/alteracion-del-orden-de-la-prueba-y-ubicacion-del-acusado>.
- Vargas Ávila, R. (2010). La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIII(25), 127-146.
- Velasco Núñez, E. (25 de febrero de 2014). La prueba pericial. *Diario La Ley*, 8258, Ref.^a D-61, 1-11.



El denominado delito contable del artículo 310 del Código Penal. Análisis penal, doctrinal y jurisprudencial

Daniel Fernández Bermejo

*Profesor ayudante doctor (acred. titular).
UNED*

daniel.fernandez@uned.der.es | <https://orcid.org/0000-0003-3040-6469>

Extracto

El delito contable constituye un tipo penal con distintas modalidades delictivas, y a su vez se ubica en el específico capítulo relativo a los delitos contra la Hacienda Pública. Con el presente trabajo se trata de analizar los elementos penales de esta infracción penal en toda su extensión, con una aportación doctrinal, jurisprudencial y personal; ofreciendo criterios de interpretación del precepto así como algunos problemas casuísticos que se han planteado a lo largo de los últimos años.

Palabras clave: delito contable; concurso de delitos; contabilidades distintas; libros obligatorios.

Fecha de entrada: 30-06-2021 / Fecha de aceptación: 16-07-2021

Cómo citar: Fernández Bermejo, D. (2021). El denominado delito contable del artículo 310 del Código Penal. Análisis penal, doctrinal y jurisprudencial. *Revista CEFLegal*, 247-248, 99-134.





The accounting crime of article 310 of Criminal Law. A doctrinal, jurisprudential and personal approach

Daniel Fernández Bermejo

Abstract

The accounting crime constitutes a criminal type with several criminal modalities, and in turn is located in the specific chapter related to tax crime. This article tries to analyze the criminal elements of the accounting crime, with a doctrinal, jurisprudential and personal approach; showing rules of interpretation as well as some casuistic problems that have arisen over the last few years.

Keywords: the accounting crime; concurrence of crime; different accounting; compulsory books.

Citation: Fernández Bermejo, D. (2021). El denominado delito contable del artículo 310 del Código Penal. Análisis penal, doctrinal y jurisprudencial. *Revista CEFLegal*, 247-248, 99-134.



Sumario

1. Introducción
 2. El elemento objetivo en el delito contable
 - 2.1. La modalidad a) del artículo 310 del CP
 - 2.2. La modalidad b) del artículo 310 del CP
 - 2.3. Las modalidades c) y d) del artículo 310 del CP
 3. Bien jurídico protegido, imputación subjetiva y regularización contable
 4. Penas en el delito contable
 5. Sujeto pasivo del delito
 6. Sujeto activo del delito
 - 6.1. Autor directo
 - 6.2. Autor mediato no representante
 7. Concurso de leyes y la relación del delito contable con otros delitos
 - 7.1. Relación del delito contable con el delito de defraudación tributaria
 - 7.2. Relación del delito contable con la infracción de falsedad documental. Análisis del artículo 290 del CP
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El delito contable fue incorporado en el Código Penal, por primera vez, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal de 1973¹, en materia de delitos contra la Hacienda Pública.

Así, en el artículo 350 bis del CP 1973 se disponía lo siguiente:

Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 500.000 a 1.000.000 de pesetas el que estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales:

- a) Incumpliera absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la Empresa.
- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas o los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho a que se refieren las letras c) y d) del apartado anterior requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía en más o en menos de los cargos o abonos omitidos o falseados, exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 10.000.000 de pesetas por cada ejercicio económico.

¹ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Hoy en día, el delito contable aparece regulado en el artículo 310 del CP de la siguiente manera:

Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.

Pues bien, pese a contar con múltiples denominaciones este delito, la terminología más común y aceptada es la relativa al delito contable, denominación que compartimos y a la que nos referiremos en el presente apartado.

Nos encontramos ante un delito especial propio, y ello como consecuencia de que la autoría queda reservada a un sujeto activo con una especial cualificación; y la acción típica va dirigida a un sujeto que se encuentre obligado por la ley tributaria a llevar la contabilidad mercantil, libros o registros oficiales, cumpliendo alguna de las cuatro condiciones que quedan configuradas en el artículo 310 del CP, esto es: a) que incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias; b) lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa; c) no hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas; d) hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

Para que se cometa el delito en sus distintas modalidades, habrá de apreciarse la concurrencia de una serie de requisitos, que nos describe con solidez Villacorta Hernández (2012, p. 5) y la STS de 16 de febrero de 2001. Así, en la modalidad a) es preciso: 1) que el sujeto activo tenga la obligación por la ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2) que exista un incumplimiento absoluto y total de llevanza de con-

tabilidad²; 3) que el incumplidor esté obligado por la ley tributaria a llevar la contabilidad o libros y registros fiscales en régimen de estimación directa de las bases; 4) que tenga la intención de engañar.

Por su parte, para que se cometa el delito en la modalidad b) será preciso: 1) que el sujeto tenga la obligación por ley tributaria de llevar la contabilidad mercantil, libros o registros oficiales; 2) que el sujeto lleve varias contabilidades; 3) que se ponga de manifiesto el ánimo de engañar.

En cuanto a la modalidad c) será necesario: 1) que el sujeto tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2) que no hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas, con el ánimo de alterar los datos con relevancia fiscal; 3) que se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad; 4) que la cuantía exceda de 240.000 euros por cada ejercicio económico³.

Finalmente, para la comisión delictiva en la modalidad d) será necesario: 1) que el sujeto tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2) que se hayan practicado en ellos anotaciones contables ficticias, con el ánimo de alterar los datos con relevancia fiscal; 3) que se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad; 4) que la cuantía exceda de esa cuantía por cada ejercicio económico. Respecto de la letra d), hay cierto rechazo de considerarlo como una condición objetiva de punibilidad⁴, y ello porque se generan así mismo distintas modalidades o tipos delictivos diferentes, eso sí, con un elemento común.

Pues bien, unificando las modalidades c) y d) del precepto⁵, resultará necesario para hallarnos en el tipo penal que no se subsanen las declaraciones tributarias, o que estas no

² La llevanza de la contabilidad mercantil o libros o registros fiscales supone, para Octavio de Toledo y Ubieto, «mantener actualizado y en orden». Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto y Delgado Gil (2009, p. 195).

³ Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo dispuso, en virtud de STS de 4 de abril de 2011, que «se sanciona tanto la ausencia de contabilidad –incumplimiento absoluto– cuando los sujetos tributen en régimen de estimación directa para hallar el rendimiento de la actividad económica; como la llevanza de distintas contabilidades referidas a la misma actividad y ejercicio económico que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa –en cuanto acto previo preparatorio del delito fiscal–; y la realización de anomalías contables tendentes a la ocultación de beneficios, siempre que vayan acompañados de la ausencia de declaraciones tributarias o de declaraciones confeccionadas con base a dichas anomalías, en tanto en cuanto la cuantía de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda de 240.000 euros».

⁴ *Vid.*, por todos, Octavio de Toledo y Ubieto y Delgado Gil (2009, p. 196 y ss.). Otros autores, en cambio, han defendido la consideración de esta modalidad como condición objetiva de punibilidad. Así, *vid.* Pérez Royo (1986, p. 220) y Ferré Olivé (1988, pp. 191-193).

⁵ La Circular de 16 de diciembre de 1986 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria en su número 4.3 hace alusión a la práctica de anotaciones contables ficticias y la falta de anotación en los

se hayan presentado, siempre y cuando la cuantía de las mismas exceda de 240.000 euros por cada ejercicio económico. Lo que resultará reprochable penalmente será la alteración –por acción u omisión– del contenido veraz de la contabilidad, en la cuantía referida que se configura como umbral mínimo.

Y es que en palabras de Villacorta Hernández (2012), con el presente texto

el legislador pretende crear una estructura penal preventiva del fraude fiscal. La unión de la Ley General Tributaria y el Código Penal produce un doble sistema de tutela de la Hacienda Pública frente al riesgo de lesión derivado de la falsedad en la contabilidad, a través del sistema penal y el derecho administrativo sancionador, de aplicación subsidiaria (p. 5).

2. El elemento objetivo en el delito contable

El tipo penal del delito contable se circunscribe al incumplimiento de la obligación de llevar una contabilidad mercantil, libros o registros fiscales, siempre que dicha obligación venga impuesta por ley tributaria. Así, este delito únicamente puede ser realizado por una persona física obligada por la ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales. Si el sujeto pasivo recae sobre una persona jurídica, será de aplicación el artículo 310 bis del CP y se considerará autor a quien actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica, o en nombre o representación de la misma⁶.

En este sentido, por contabilidad mercantil debe entenderse la regulada en el título III del libro I del Código de Comercio, así como la contemplada en la LSA o el Plan General de Contabilidad. Se trata de normas de carácter mercantil pero con un interés tributario. De otro lado, cuando se refiere el legislador a libros o registros fiscales, alude en definitiva a la legislación tributaria y no las contenidas en la legislación mercantil.

Pues bien, el precepto trata de castigar la ausencia de contabilidad o la existencia de una contabilidad que no permita conocer la situación real económica, financiera o patrimo-

libros obligatorios de negocios, actos, operaciones, transacciones económicas y las anotaciones de las mismas con cifras diferentes a las reales.

⁶ En el artículo 310 bis del CP se dispone lo siguiente: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas: a) multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años; b) multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; c) multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310».

nial del empresario o profesional. Se trata, por tanto, de sancionar un comportamiento que obstaculiza o impide la localización de elementos que permiten determinar la base imponible de un concreto impuesto.

Por tanto, para consumir el delito será esencial la concurrencia de un cuádruple requisito de carácter personal⁷. Así, será necesario que la acción típica esté referida a un sujeto obligado por la ley tributaria, emitida por el Ministerio de Hacienda, a llevar la contabilidad mercantil, libros o registros fiscales. La obligación de la llevanza contable debe tener su origen en una ley tributaria, concepto que engloba a su vez normas de diversa índole, ya sean leyes, decretos-leyes, decretos legislativos y leyes autonómicas. Otras normas de rango inferior a la ley, como los reglamentos –no tienen rango de ley–, quedarían al margen, aunque podría darse el caso de que la llevanza de contabilidad pudiera estar fundamentada en una ley tributaria⁸, pero desarrollada por un reglamento, tal y como sucede con el IRPF.

Por lo que respecta a la conducta que debe observarse en el sujeto que realiza alguna de las conductas reguladas en el artículo 310 del CP, la doctrina entiende que esta debe realizarse con la intención de evadir impuestos, esto es, de engañar y defraudar a la Hacienda Pública. Así, Villacorta Hernández (2015) considera que «cualquier alteración de los datos contables que no tenga la intención de defraudar impuestos, sino de ofrecer una imagen más favorable, puede producir un delito de falsedad documental pero nunca de delito contable» (p. 173). En la misma línea, Rodríguez Domínguez (2017) entiende que «en el caso en que no pueda demostrarse la intencionalidad, no tendríamos un delito contable como tal, sino una infracción regulada por el derecho administrativo».

Ciertamente, como pone de manifiesto la SAP de Málaga 34/2009, de 31 de marzo,

la figura delictiva del artículo 310 del Código Penal, también denominada delito contable, va dirigida a sancionar unos determinados comportamientos, actos formales, en definitiva, que ofrecen la característica de poder servir de medio para la realización o posibilitación maliciosa de los delitos contra la Hacienda Pública y que, por consiguiente y en realidad, son actos preparatorios que por mandato legal adquieren la categoría de figura penal propia y específica cuando se ofrecen autónomos, pero que sustancialmente no pasan de ser una modalidad, una forma imperfecta, en el «íter criminis» del delito fiscal o contra la Hacienda Pública, si una conducta es subsumible, primero en el delito contable y, después, en el delito contra la Hacienda Pública, se da una clara relación de consunción. No se puede castigar con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito, después

⁷ Vid. Circular de 16 de diciembre de 1986 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria.

⁸ En cuanto al concepto de ley tributaria y sus posibles problemas interpretativos, la STS de 22 de mayo de 2009 realiza un exhaustivo análisis del concepto de ley tributaria.

consumado, a que dicho acto se refiere, porque constituiría una vulneración del principio esencial «non bis in idem».

Como podemos observar, encontramos dos grupos distintos dentro del artículo 310 del CP: los dos primeros apartados son conductas constitutivas de delito, mientras que los demás son supuestos en los que la irregularidad contable debe ir unida a una conducta posterior y alcanzar una determinada cuantía.

Analicemos con algo más de detalle cada uno de estos supuestos.

2.1. La modalidad a) del artículo 310 del CP

El artículo 310 a) del CP podemos catalogarlo como una modalidad genuinamente omisiva⁹, concretamente de omisión propia (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 764), que genera un peligro abstracto. Se trata de una infracción de un deber extrapenal en la que se exigen dos requisitos: 1) incumplimiento absoluto de la llevanza de contabilidad; y 2) sometimiento al régimen de estimación directa de bases tributarias.

En esta modalidad, el legislador no ha utilizado una técnica del todo precisa toda vez que la redacción literal hace referencia a un incumplimiento absoluto, dejando, *a priori*, fuera del tipo las deficiencias en las anotaciones o los fallos en la manera de llevar la contabilidad, de manera que un incumplimiento parcial no sería reprochable penalmente, por grave que resulte, con tal de que el sujeto haya anotado una única operación en el libro contable, ya que el incumplimiento no habría sido absoluto.

En este sentido, deteniéndonos en la concepción del «incumplimiento absoluto de la llevanza de contabilidad», Díez-Ochoa Azagra (2017) considera que «hay incumplimiento absoluto cuando el sujeto deja de cumplir tan gravemente los deberes contables que hace imposible la determinación de la base tributaria mediante el régimen de estimación directa de bases» (p. 1.736). Ciertamente, con buen tino advierte Delgado Gil (Octavio de Toledo y Ubieto y Delgado Gil, 2009, p. 208) que el término «absolutamente» no debe interpretarse en el sentido literal de la palabra, y ello porque supondría una absoluta inexistencia total en la llevanza de la contabilidad –aspecto este que impediría determinar la base imponible del tributo–, de manera que el hecho de que el sujeto hubiere realizado alguna clase de actividad contable impediría ser inculcado¹⁰, pese a que tal conducta fuera insuficiente como

⁹ *Vid.*, por todos, Morales Prats (2008, p. 1.054).

¹⁰ Ciertamente, la SAP de Valencia de 26 de octubre de 1998 pone de manifiesto que, «seguramente, la dificultad de cumplir hasta el más mínimo detalle con tales exigencias legales y reglamentarias pudo influir en el legislador para incorporar el término absolutamente, a fin de impedir que por cualquier mínimo incumplimiento pudiera incurrirse en la infracción penalmente perseguible».

para cuantificar la base imponible referida. Pensar lo contrario supondría vaciar de contenido al tipo penal, y es precisamente la imposibilidad de determinar la base imponible lo que deriva a la existencia de responsabilidad penal.

En realidad, lo que determinará la apreciación de un incumplimiento absoluto¹¹ es el hecho de que el sujeto deje de cumplir gravemente los deberes contables de manera que haga imposible la determinación de la base tributaria¹², aunque deberán ser, en puridad, los tribunales de justicia los que determinen caso por caso el carácter absoluto o no del incumplimiento de tal obligación.

Como puede intuirse, el adverbio «absolutamente» ha generado una abundante controversia doctrinal y jurisprudencial. En los dos límites –mínimo y máximo– hallamos situaciones próximas a los mismos, cuya calificación penal no deja de ser dudosa, y en nuestra opinión debieran quedar al margen de la intervención punitiva. Así, el mero retraso en la llevanza de la obligación de contabilidad, siempre que esta sea subsanada, constituiría una infracción tributaria, exclusivamente. Lo determinante en la calificación de los hechos será

¹¹ Al respecto, *vid.* Díez-Ochoa Azagra (2017, pp. 1.736 y 1.737).

¹² Concretamente, la Circular de 16 de diciembre de 1986 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, señala en su número 4.1 que se refiere a «incumplir absolutamente la llevanza de contabilidad mercantil o libros o registros fiscales estando sometido al régimen de estimación directa de ases imponibles, siempre que esté obligado por ley tributaria a la llevanza de tal documentación».

La SAP de La Coruña núm. 28/2012, de 2 de marzo, mantiene la calificación del órgano de instancia, declarando a Virginia autora de un delito contable del artículo 310 a) del CP. Así, se declara probado que «D.ª Virginia, mayor de edad y sin antecedentes penales, era, desde su constitución por escritura pública de 10 de abril de 1986, administradora solidaria de la entidad mercantil Maderas Brey, S.L. junto con su esposo, D. Pío, quedando, al fallecimiento de este el 10 de octubre de 1993, como única administradora legal de la sociedad.

El objeto social lo constituía la compra y venta de todo tipo de árboles maderables a comerciantes o agricultores, la compra y venta de madera elaborada, aserradero, astillado y procesos similares de la madera, los transportes de madera y sus derivados y el transporte de mercancías por carretera con vehículos propios o ajenos provistos de las correspondientes tarjetas de servicio público.

Durante el último trimestre de 1998 y la totalidad de los ejercicios de 1999 y 2000 la sociedad dejó de presentar sus declaraciones trimestrales y anuales del Impuesto sobre el Valor Añadido careciendo, además, de todo tipo de libro de contabilidad obligatorio, de libros-registro de IVA y de cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.

Como consecuencia de ello, en octubre de 2002 la Agencia Tributaria inició actuaciones inspectoras en las que, a raíz de la información obtenida de sus bases de datos y la proporcionada por algunos clientes y proveedores de Maderas Brey, S.L. en los requerimientos de información que les fueron hechos considerando que con ello disponía de los datos necesarios para hacer una estimación completa de las bases imponibles por el régimen de estimación directa, concluyó que el volumen de ventas de la entidad inspeccionada había sido, durante el año 1999, de 197.303.267 pts. –1.185.816,52 euros–, y durante el año 2000, de 160.415.717 euros –964.117,88 euros– al que, respectivamente, correspondía una cuota de IVA repercutido de 31.568.523 pts. –189.730,64 euros– en el año 1999, y de 25.666.515 pts. –154.258,86 euros– en el año 2000, cuotas que identificó con la cuota tributaria defraudada».

cuando nos encontremos ante un contenido mínimo de realidad que permita calificarse de contabilidad, que por lo general tendrá como consecuencia la imposibilidad de aplicar el régimen de estimación directa (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 766), requisito *sine qua non* para hallarnos en el tipo penal del artículo 310 a) del CP¹³.

¹³ Interesante resulta la SAP de Ciudad Real núm. 13/2000, de 18 de enero, que revoca la resolución de instancia y condena a un individuo como autor de un delito contable. El supuesto de hecho es el siguiente, que para poder comprenderse bien se expone en profundidad: «Francisco P. J., mayor de edad sin antecedentes penales con domicilio en la c/ Alfonso XIII, ... de Alcázar de San Juan desarrolló entre los años 1988 a 1992 una actividad empresarial en dicho domicilio consistente en la prestación a terceros del servicio de guardas jurados de Seguridad. Con motivo de una Inspección de la Admón. Tributaria, se constató que el acusado no llevaba ni libros de contabilidad, ni libro registros de ingresos del Impuesto sobre el Valor Añadido, estando sometido a un sistema de estimación directa de bases tributarias, estando obligado a tal llevanza en virtud de lo que para empresarios de sus características disponían las Leyes Tributarias aplicables art. 101.2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, art. 67.1 de su Reglamento y legislación sobre el Valor añadido. Aportando tras el requerimiento efectuado por el Servicio de Inspección de la Agencia Tributaria solamente libros de gastos sin diligenciar, facturas de ventas, nóminas, gastos de utilización de los coches empleados en la actividad de Vigilancia, gratificaciones pagadas, Seguros Sociales, justificantes de gastos, fotocopias de la inscripción de empresa en la Seguridad Social, Impuesto de Actividades Económicas 1992, relación de los NIF de los trabajadores y movimiento de todas las cuentas bancarias. Determinándose, en base a dicha documentación aportada, por el servicio de Inspección, el volumen de operaciones que tenía la actividad empresarial que desarrollaba el acusado, detectándose que el IVA figuraba expresamente repercutido en todas las facturas aportadas y no ingresado en la Agencia Tributaria por cuantía que en total no excedía de 15.000.000 de ptas.».

Pues bien, en el FD 2.º pone de manifiesto que «la prueba practicada acredita que el acusado no llevaba los libros de contabilidad a que legalmente estaba obligado, si bien debe decirse que cuando fue requerido por el servicio de Inspección de la Agencia Tributaria aportó documentación referida a la empresa, tal y como se solicitó, es lo cierto que el acusado solo llevaba libros de gastos pero sin diligenciación. Por tanto ha de establecerse si en el presente supuesto concurren los requisitos establecidos en el art. 310 a) imputado al acusado».

La resolución de instancia estima que no se cumple la conducta descrita en el tipo con el término «incumplir absolutamente», al constar que el acusado aportó algunos libros. En cambio, la SAP estima que «ha de entenderse según esta Sala que el término "Incumplir absolutamente" viene referido a la falta de llevanza de libros de contabilidad mercantil, libros o registro fiscales de tal manera que impida su determinación en régimen de estimación directa, es decir, que sea necesario para su determinación la realización y la utilización de medios materiales y personas para la estimación de las bases tributarias, pues de otro modo la simple aportación de cualquier documento o un libro llevará a la imposibilidad de la aplicación del tipo, siendo suficiente un mero apunte contable para su falta de aplicación, lo que vaciaría de contenido la figura delictiva. En el presente supuesto el acusado reconoció en todo momento que él era el que llevaba la contabilidad, que no llevaba libros diligenciados, que nunca pagó el IVA, aunque sí lo cobraba, pero que primero pagaba a los empleados. No pudiendo acogerse que ignoraba lo que tenía que hacer, pues es obvio por notorio, y máxime siendo su dedicación y profesión empresario, que supiera que tenía que cumplir unas formalidades como es la llevanza de libros en orden a poder cumplir con las obligaciones tributarias, siendo su conducta contraria a Derecho».

La SAP de Málaga núm. 34/2009, de 31 de marzo, por su parte, absuelve a Zulima y Catalina por delito del 305 del CP, pero les condena por delito del 310 a) del CP. En el FD 3.º se pone de manifiesto que

Por lo que respecta al segundo de los requisitos, el «sometimiento al régimen de estimación directa de bases tributarias», todo apunta a que no podrán ser sujetos activos del delito quienes posean la condición de sujeto pasivo en un tributo sometido al procedimiento de estimación objetiva singular de la base imponible¹⁴, lo que, en cualquier caso, en virtud del artículo 52 de la LGT, dependerá de lo que establezca la «normativa propia de cada tributo» y del significado y alcance que se otorgue a la expresión legal «podrá utilizarse».

El hecho de exigirse que el sujeto debe encontrarse en el régimen de estimación directa de bases tributarias constituye un límite objetivo de incriminación. Al respecto, el artículo 50 de la LGT establece que:

1. La base imponible es la magnitud dineraria o de otra naturaleza que resulta de la medición o valoración del hecho imponible.
2. La base imponible podrá determinarse por los siguientes métodos:
 - a) Estimación directa.
 - b) Estimación objetiva.
 - c) Estimación indirecta.
3. Las bases imponibles se determinarán con carácter general a través del método de estimación directa. No obstante, la ley podrá establecer los supuestos en que sea de aplicación el método de estimación objetiva, que tendrá, en todo caso, carácter voluntario para los obligados tributarios.
4. La estimación indirecta tendrá carácter subsidiario respecto de los demás métodos de determinación y se aplicará cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 53 de esta ley.

«el delito contable aparece integrado por el elemento dinámico de la conducta omisiva del incumplimiento absoluto de la llevanza de los libros de contabilidad a que legalmente estaba obligado. El elemento subjetivo del dolo genérico de la conciencia y voluntad de la no llevar los libros obligatorios. Y, finalmente, el propósito específico del fin defraudatorio [...]. Concorre sin ningún género de dudas el elemento subjetivo del dolo genérico relativo a la no llevanza de los libros de contabilidad legalmente exigidos, pues el mismo no puede discutirse en las personas encargadas del control de la empresa y cuyo alcance consiste en saber, conocer, permitir o decidir tal situación, del modo y manera confesados por las acusadas. Máxime, si por su profesión tienen un conocimiento especializado sobre la materia, así consta que ambas son funcionarias de hacienda, desempeñando Catalina las funciones de jefatura de contabilidad pública –(folio 1777 de autos)– y Zulima Delegada de economía y hacienda –(folio 1768 de autos)–».

¹⁴ Vid. Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese (2000, p. 168), Sánchez-Ostiz Gutiérrez (1995, pp. 112-114 y 367), Octavio de Toledo y Ubieto y Delgado Gil (2009, p. 202) y Cámara Barroso (2018, p. 371).

Vemos, pues, que el legislador penal ha seleccionado uno de los métodos y lo ha introducido en el tipo penal, eso es, la estimación directa (no la objetiva ni la indirecta), quizá por respetar el principio penal de intervención mínima¹⁵ y *última ratio*.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 51 de la LGP dispone que «a estos efectos, la Administración tributaria utilizará las declaraciones o documentos presentados, los datos consignados en libros y registros comprobados administrativamente y los demás documentos, justificantes y datos que tengan relación con los elementos de la obligación tributaria».

2.2. La modalidad b) del artículo 310 del CP

El artículo 310 b) del CP hace referencia a la llevanza de dos o más contabilidades referidas a una misma actividad y ejercicio económico con fines defraudatorios, para lo que resultará necesario para hallarnos en la modalidad delictiva «hacer valer frente a terceros una contabilidad registrada, firmada, conservada y presentada distinta a la entregada a la Hacienda Pública» (Villacorta Hernández, 2015, p. 187). Se trata de una modalidad de peligro abstracto, ya que no se concreta el peligro en el tipo¹⁶, y en ella se contiene un delito de acción y no un delito de omisión, ya que, entre otras circunstancias, se requiere un resultado externo distinto al de llevar la contabilidad y al conocimiento de la realidad económica de la empresa.

En este sentido señala Díez-Ochoa Azagra (2017) que la esencia de esta modalidad estriba en la existencia de una realidad económica que es diferente de la transcrita en los libros o registros que se presentan a la Administración tributaria, y que dicha realidad se refleja en otros registros o libros que tienen como soporte determinados documentos o hechos no reflejados en la contabilidad fiscal. El delito en esta modalidad se verá consumado «no por la llevanza de dos contabilidades de una misma realidad económica, sino porque la realidad económica reflejada en dichas contabilidades es distinta» (p. 1.738). Si bien, no entrarían en el concepto de la doble contabilidad la utilización de distintos criterios de cómputo, las diferencias entre estados financieros de escasa relevancia y las distintas actividades o ejercicios económicos¹⁷. Y es que la mera actualización equívoca y la alteración del orden de la contabilidad de libros y registros, en puridad, carecen de sustantividad suficiente como para legitimar (Octavio de Toledo y Ubieto y Delgado Gil, 2009, p. 196) la intervención automática del derecho penal.

¹⁵ Vid. Cortés Bechiarelli (2002, p. 279) y Octavio de Toledo y Ubieto y Delgado Gil (2009, p. 207).

¹⁶ Vid. STS de 22 de mayo de 2009.

¹⁷ La Circular de 16 de diciembre de 1986 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria alude, en su número 4.2, que lo expuesto se refiere a la «llevanza de contabilidades distintas que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa, y referidas a una misma actividad y ejercicio económico».

Así las cosas, el hecho de llevar contabilidades distintas da lugar a la existencia de algunos supuestos atípicos, pues se requiere cierta perdurabilidad en el tiempo. Y es que por contabilidades distintas hemos de entender sistemas contables que, aun elaborándose con elementos y variables similares, manifiestan resultados diferentes al estar confeccionados con valores y asientos distintos –se omiten datos¹⁸ auténticos o se incluyen algunos falsos–. No sería delito, por tanto, el hecho de no llevar una verdadera contabilidad, o llevar una distinta –con anotaciones distintas aisladas–, siempre que permita conocer la situación económica real de la empresa. En este sentido, la SAP de Pontevedra de 1 de febrero de 2007 advierte que la realización de meros asientos contables inexactos no supone la llevanza de una doble contabilidad, pudiendo tener relación solamente con la modalidad c) del artículo 310¹⁹.

¹⁸ En virtud de la STS 1244/2003 de 3 de octubre, se confirma la Sentencia dictada el 22 de noviembre de 2001, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimando el recurso de casación interpuesto. Así, «con fecha 14 de junio de 1994, y mediante escritura pública autorizada por el Notario de Valencia Don Carlos Pascual Miguel Don Álvaro –mayor de edad y sin antecedentes penales–, obrando en su condición de Administrador único de la Cía. "Obras del Litoral, S.A." constituyó una hipoteca sobre siete fincas propiedad de la mencionada entidad mercantil en garantía de un préstamo de 460.000.000 Pts. concedido por la Cía. "Banco Exterior de España, S.A.", estipulándose el plazo de quince días para la devolución del préstamo. Vencido el plazo y no habiendo satisfecho la Cía. "Obras del Litoral, S.A." el importe del préstamo concedido por la Cía. "Banco exterior de España S.A.", por escritura pública de fecha 5 de agosto de 1994, Don Álvaro, obrando en su condición de Administrador único de la Cía. "Obras del Litoral, S.A.", adjudicó las siete fincas hipotecadas en 14 de junio anterior a la mencionada entidad bancaria, para pago de la deuda contraída con la misma, adjudicación que transmitía la posesión y administración de aquellas junto con el mandato irrevocable de proceder a su venta y pago del crédito. En fecha 7 de septiembre de 1994, y mediante escritura otorgada ante el Notario de Valencia Don Joaquín Borrel García, la Cía. "Banco Exterior de España, S.A.", actuando en calidad de fiduciaria de la Cía. "Obras del Litoral, S.A.", procedió a vender las fincas precedentemente mencionadas a la Cía. "Emasa. Empresa Constructora, S.A.", por el precio de 500.139.088 Pts., repercutiendo el importe del IVA, 75.020.863 Pts., a la entidad compradora, el que fue seguidamente ingresado en la c/c núm. 030000443629-C, cuya titularidad correspondía a la Cía. "Obras del Litoral S.A.", en concepto de "abonos proviva" (esto es, "abonos provisión IVA"), teniendo únicamente Don Álvaro firma autorizada para disponer de los fondos de la referida cuenta, de la que, en fechas 13 de septiembre de 1994 se retiraron 62.000.000 Pts. y en 21 del mismo mes 12.000.000 de Pts., por ventanilla y mediante cheque bancario, respectivamente, habiendo sido este último compensado el día siguiente, 22 de septiembre, por Don Álvaro en la sucursal sita en la Rambla de Mataró n.º 42, de dicha localidad, del "Banco Popular", en la que aquel tenía cuenta abierta a su nombre. La Cía. "Obras del Litoral, S.A." no presentó declaración en concepto del Impuesto sobre el Valor Añadido entre los años 1992 y 1995. De la cuota repercutida a la Cía. "Emasa. Empresa Constructora, S.A.", de 75.020.863 Pts., hay que minorar el IVA soportado por la Cía. "Obras del Litoral, S.A." en 1994 –486.377 pts.– y el IVA a compensar soportado en ejercicios anteriores –375.000 Pts.–, resultando una cuota impagada y no declarada de 74.159.486 Pts.».

¹⁹ La SAP de Gerona núm. 97/2000, de 22 de mayo, absuelve a los acusados y entiende que no tiene lugar la existencia de un delito contable, sino más bien que se vulnera un derecho fundamental, cual es la inviolabilidad del domicilio. En este supuesto de hecho, «sobre las diez horas del día 3 de diciembre de 1993, y sin que conste actuación administrativa previa por parte de la Hacienda Pública, se personaron en el domicilio social de la sociedad Escuredo, SA, dedicada al comercio al por mayor de productos

Para hallarnos en esta modalidad delictiva es necesario que se aprecien contabilidades realmente distintas, lo cual puede determinarse a través de una exhibición ante terceros por medio de publicidad –interpretación restrictiva–.

Por otro lado, el tipo exige, además, que las referidas contabilidades vayan «referidas a una misma actividad y ejercicio económico». De este modo, por ejercicio económico en-

alimenticios, la Inspectora de Finanzas doña María Teresa S. M., acompañada por el Agente Tributario doña Ascensión M., portando una autorización en modelo impreso del Delegado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para entrar en la entidad "Jamones Escuredo", donde a bolígrafo se superpuso el número 68 al 82 previamente fijado y sin que se haya acreditado que se trate de la misma persona jurídica que la que fue objeto de personación. Una vez en la misma y como quiera que en dicha autorización administrativa se aludía a "la persona que ostente mayor autoridad en ese momento en la empresa", como aquella con quien debía ejecutarse la diligencia de entrada, les fue negada la entrada por una administrativa de la entidad que hizo saber a la Inspección que en ese momento no se hallaban en la misma ni el gerente ni ninguna persona responsable, a pesar de lo cual la Inspectora y Agente Tributario entraron en la sociedad y requirieron a aquella para que entregase las facturas emitidas en el ejercicio 1993 que estuviesen en la oficina, a lo cual se negó dicha empleada aduciendo la ausencia de personas con responsabilidad para ello. Ante dicha negativa a la entrega solicitada así como a la permanencia en el interior de la entidad, la Inspectora solicitó de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Gerona que avisasen a la Policía Nacional y que se desplazasen al lugar otros funcionarios de Hacienda, por todo lo cual, transcurridos varios minutos, hicieron acto de presencia una dotación de la Policía Nacional compuesta por dos Agentes uniformados así como los Inspectores de Finanzas don Rafael M. y doña Esther G. y el Subinspector don Luis Felipe G., todos los cuales, una vez hubieron entrado en las dependencias de la sociedad sin contar con la preceptiva autorización de la empleada allí presente, requirieron a la misma para que les entregase la documentación solicitada anteriormente y que les había sido denegada por carecer de autorización para ello. Todo ello se hizo saber por parte de la Inspección al Delegado de la AEAT de Gerona en ese preciso momento.

En esta situación e ignorándose si lo fue a instancias de dicho Delegado, el señor Abogado del Estado de Gerona solicitó del Juzgado de Instrucción Núm. 2 de Gerona, en funciones de guardia "mandamiento judicial que permita obtener el acceso a la documentación perseguida o bien el traslado de la misma fuera de los locales de negocio donde se encuentra para proseguir la rápida y eficaz investigación iniciada a las diez horas por la Inspección de Tributos", dictándose Auto de fecha 3 diciembre 1993 donde se "autorizaba a la Inspección de Tributos para el estudio y fotocopia o en su caso extracción del local, para su estudio en lugar distinto, de aquellas facturas y otros documentos que se encontraran en el domicilio social de la empresa Jamones Escuredo, SA y que estuvieran relacionados con los que constituyera objeto de la Inspección".

A la vista de dicho mandamiento judicial, cuando pasaba de las 17 horas de dicho día y sin la presencia del gerente ni ningún otro responsable de la entidad, los mencionados actuarios procedieron a la extracción del domicilio de la compañía, la documentación interesada a través de la cual la Inspección de Tributos llegó en conocimiento del nombre del contable de la sociedad, de los clientes de la misma y de la facturación y contabilidad, todo lo cual sirvió a la Admón. Tributaria para efectuar las correspondientes propuestas de liquidación de los Impuestos de Sociedades e IVA así como de las oportunas cuotas tributarias que fueron trasladadas a la Fiscalía de Gerona.

En dicha época el acusado don José Luis E. F. era administrador de la entidad Escuredo, SA y la acusada y esposa de aquel doña M.^a Luisa R. L., apoderada de la misma; siendo ambos mayores de edad y sin antecedentes penales».

tenderemos aquel periodo temporal a efectos mercantiles y tributarios –normalmente, el año natural–, y por actividad aquella que tenga un contenido de carácter económico, en el seno de la empresa, quedando excluidas las actividades profesionales, artistas o arrendadores no empresarios no afectados por el IVA, ya que el tipo afecta a empresarios sujetos al régimen de contabilidad mercantil.

Finalmente, en relación con la alusión a la ocultación o simulación de la verdadera situación de la empresa, parece lógico que deba obedecer a la faceta fiscal de la actividad empresarial. Lo determinante será generar una apariencia ficticia ante la Hacienda Pública, ofreciendo a esta cierta información falsa sobre la situación de la empresa –poniéndose a disposición de terceros–, alterando el verdadero patrimonio de la misma en documentos contables (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 769).

En definitiva, en este apartado lo que se castiga es la doble contabilidad, que atenta contra el bien jurídico protegido cuando es la contabilidad real la que se oculta o simula, y la ficticia la que se declara como auténtica en el tráfico mercantil o tributario. Si no se incorpora al tráfico jurídico aludido, no se verá lesionado el bien jurídico protegido y, por tanto, la conducta no resultará reprochable penalmente. No se trata de un delito de lesión sino un delito en el que las modalidades típicas del mismo generan una suerte de peligro para dicho bien jurídico. Así, puede afirmarse que las modalidades a) y b) constituyen infracciones de peligro abstracto, mientras que las contempladas en las letras c) y d) el peligro que se pone de manifiesto se convierte en concreto.

2.3. Las modalidades c) y d) del artículo 310 del CP

En cuanto a los apartados c) y d) del artículo 310 del CP, se trata de tipos de lesión que llevan asociado un perjuicio para las arcas públicas, cuya deuda tributaria real resulta imposible de determinar en ocasiones. Estos tipos tipifican todos aquellos artificios contables que tengan la finalidad de entorpecer la determinación de la base imponible. Para su aplicación es necesario que se cumplan dos condiciones: 1) que se hayan omitido las declaraciones tributarias o las que se hayan presentado lo hayan sido estableciendo bases inexactas por motivo de la manipulación; y 2) que las cantidades manipuladas excedan de 240.000 euros.

El requisito común para los supuestos c) y d), conforme al último párrafo del artículo 310 del CP, bien puede parecer que sea precisamente la referida cuantía de los cargos o abonos omitidos o falseados la que invoque la responsabilidad penal, pero en realidad supone algo futuro e incierto que poco o nada tiene de relación con el dolo manifestado por el autor del delito. Es la omisión de las declaraciones tributarias, o las presentadas que denoten una falsa contabilidad, lo que determinará, siempre que se supere el umbral mínimo económico, la existencia o no de delito contable. Ahora bien, cuando las falsedades contables de estos apartados estén orientadas a defraudar a la Hacienda Pública, pero su cuantía no supere el límite de 120.000 euros, constituirán una infracción administrativa, de carácter no

penal. En cualquier caso, el umbral de 240.000 euros no constituye una condición objetiva de punibilidad, sino una característica del objeto material, un elemento del tipo que debe ser abarcado por el dolo del autor (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 774).

La principal diferencia entre el apartado c) y el d) radica en que en este último las transacciones no existen, y es por ello que el legislador solo ha tipificado el comportamiento activo (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 770). Lo que pretende poner de manifiesto el legislador es que tendrá cabida la conducta típica cuando en los libros obligatorios se hubiere practicado una anotación contable que no tenga asociada una transacción económica real. Concretamente, alude Pérez Royo (1986, p. 218) al fraude «extra tabulas», esto es, conductas que no consisten en no computar alguna operación, sino en contabilizar alguna inexistente o por valor inferior o superior al real²⁰.

En cuanto a la expresión «cuantía en más o en menos», la alusión «en más» obedece a los «cargos» y la cuantía «en menos» obedece a los «abonos», de manera que un incremento de los cargos o una disminución de los abonos conducen a una minoración del resultado contable y, por tanto, a una reducción de la base tributaria. De otro lado, la especificación «omitidos o falseados» puede referirse tanto a los cargos como a los abonos, bien porque la información patrimonial de la empresa sea incompleta o sea falsa (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 772), pudiendo tener estas operaciones un carácter positivo o negativo (Pérez Royo, 1986, p. 221) –de manera que se refleje en las cuentas un registro económico inferior o superior al real–.

Finalmente, el legislador ha impuesto que la cuantía de los cargos o abonos indebidos se contemplen «sin compensación aritmética entre ellos», es decir, que el exceso de algunos apuntes o el defecto de otros no pueden en modo alguno compensarse entre sí, de modo que la cuantía de los cargos o abonos se sumará sin tener en cuenta el signo positivo o negativo que preceda al valor numérico –por ejemplo: un asiento que refleje 221.000 euros por exceso del valor real, y otro que refleje 34.000 euros inferiores al valor real, supondrá que la cuantía determinada a los efectos de la aplicación del precepto penal será de 256.000 euros, y no la de 187.000, que sería la cuantía resultante en caso de existir la compensación aritmética. Se trata, en definitiva, de una cifra en valor absoluto–.

Empero, no parece que sean cuatro las modalidades que se contemplan en el artículo 310 del CP. De hecho, para Octavio de Toledo y Ubieta y Delgado Gil (2009, pp. 205-206), el artículo 310 del CP contempla hasta ocho tipos delictivos. Los dos primeros hallados en las letras a) y b) del precepto legal, y los seis restantes en los apartados c) y d), de manera que estos dos últimos apartados contienen elementos típicos que se añaden a los expresados.

Ciertamente, los apartados c) y d) pueden contener hasta seis modalidades diferentes, relacionadas estas con el elemento cuantitativo común a todas ellas. Esto es así si se en-

²⁰ Por ficticio debemos entender algo «no real», «fingido», «simulado».

tiende que el último párrafo del artículo no constituye una condición objetiva de punibilidad, sino elementos típicos añadidos a los apartados c) y d). Así, la primera y la segunda resultan de la «omisión de las declaraciones tributarias» (último párrafo) con las conductas del apartado c): «no hubiere anotado en los libros obligatorios...»; o «los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas». La tercera y cuarta modalidad resulta de que «las declaraciones presentadas sean reflejo de una falsa contabilidad (último párrafo) con las mismas conductas típicas del apartado c). Y la quinta y sexta modalidad sancionable penalmente son las previsiones relacionadas entre el último párrafo del artículo: »las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico», con lo dispuesto en el apartado d): practicar «en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias».

Finalmente, si nos dirigimos nuevamente a la normativa tributaria, podemos apreciar que el artículo 200 de la LGT regula la infracción tributaria por incumplir obligaciones contables y registrales²¹. Esta duplicidad, que también existe en el ámbito del delito contra la Hacienda Pública, en palabras de Villacorta Hernández (2015), «genera un doble sistema de tutela de la Hacienda Pública frente al riesgo de lesión derivado de la falsedad en la contabilidad, por medio del sistema penal y del derecho administrativo sancionador de aplicación subsidiaria» (p. 171).

3. Bien jurídico protegido, imputación subjetiva y regularización contable

El bien jurídico protegido en el delito contable, según Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese (2000, p. 361), es el erario público. Podríamos afirmar que se protege el mismo bien que en el artículo 305 del CP, si bien es cierto que en el artículo 310, en algunas modalidades varía la intensidad de la lesión a dicho bien. Ciertamente, cabe distinguir entre bien jurídico

²¹ En este sentido, establece el precepto que: «1. Constituye infracción tributaria el incumplimiento de obligaciones contables y registrales, entre otras: a) La inexactitud u omisión de operaciones en la contabilidad o en los libros y registros exigidos por las normas tributarias; b) La utilización de cuentas con significado distinto del que les corresponda, según su naturaleza, que dificulte la comprobación de la situación tributaria del obligado; c) El incumplimiento de la obligación de llevar o conservar la contabilidad, los libros y registros establecidos por las normas tributarias, los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados; d) La llevanza de contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico que dificulten el conocimiento de la verdadera situación del obligado tributario; e) El retraso en más de cuatro meses en la llevanza de la contabilidad o de los libros y registros establecidos por las normas tributarias; f) La autorización de libros y registros sin haber sido diligenciados o habilitados por la Administración cuando la normativa tributaria o aduanera exija dicho requisito; g) El retraso en la obligación de llevar los Libros Registro a través de la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria mediante el suministro de los registros de facturación en los términos establecidos reglamentariamente».

mediato (funciones que el tributo está llamado a cumplir) e inmaterial representado e inmediatamente tutelado (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 760) (es el patrimonio de la Hacienda Pública concretado en la necesidad de obtener recursos públicos tributarios). No obstante, si atendemos al artículo 31.1 de la Constitución española (CE) –sostenibilidad de los gastos públicos conforme a la capacidad económica de cada contribuyente– y al artículo 2.1 de la LGT, Villacorta Hernández (2012, p. 189) considera que el bien jurídico vendrá constituido primero por la función recaudatoria del Estado y demás organismos y entidades con capacidad impositiva, y los impuestos como medio para el logro de determinada política económica. Por su parte, la STS de 6 de octubre de 2006 puso de manifiesto que el bien protegido «no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas», de manera que podría concluirse que el bien tutelado es la recaudación tributaria, o como señala el Tribunal Supremo, el «patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria»²², de manera que permita garantizar el cumplimiento del artículo 31 de la CE.

En cuanto a la imputación subjetiva se refiere, el artículo 310 exige dolo en el autor. Y si dejamos de lado el posible debate doctrinal acerca de si es admisible el dolo eventual en el reproche penal en el delito contable, por aquello de que los apartados a), b), c) y d) no requieren la idéntica puesta en peligro por parte del autor –recuérdese, a) y b) responden a una puesta en peligro abstracto; y c) y d) a un peligro concreto–, la STS de 22 de mayo de 2009 se pronunció sin vacilaciones al admitir el dolo eventual en todas las modalidades típicas del artículo 310.

Por su parte, el artículo 305.4 del CP, relativo a la regularización tributaria –la cual exige para su aplicación la concurrencia de determinados condicionantes *ex lege*, pero en todo caso cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria–, impide la persecución al obligado tributario «por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria». Parece evidente que en este precepto la ley contempla los supuestos establecidos en el artículo 310 del CP, si bien, a juicio de Octavio de Toledo y Ubieto (2009, pp. 204-205), con unos requisitos, a saber: 1) que el autor de tales irregularidades contables sea el mismo sujeto que resulta beneficiado por la exención descrita –y en caso de beneficiarse el autor del fraude tributario, también podrían, llegado el caso, beneficiarse los partícipes del mismo–; 2) que las irregularidades contables se hayan relacionado con la deuda tributaria objeto de la regularización del artículo 305.4

²² Cfr. STS de 5 de diciembre de 2002. En la misma línea, la Sentencia 139/2015, de 31 de marzo, del Juzgado de lo Penal 27 de Madrid señala que el tipo previsto en el artículo 305 del CP es de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria.

del CP; 3) que tales irregularidades se hayan cometido como medio para la realización del fraude fiscal del artículo 305.1 del CP; 4) que las irregularidades contables se hayan cometido antes de que se produzca la regularización que exime de pena por el delito de fraude.

4. Penas en el delito contable

Centrándonos en el régimen de punibilidad de las personas físicas, la pena asociada a esta infracción penal es de cinco a siete meses de prisión.

Ahora bien, si atendemos al artículo 310 bis del CP, relativo a las penas aplicables a las personas jurídicas, se establece que:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.
- b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- c) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33.

En este sentido, el artículo 33.7 del CP dispone que las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Pues bien, salvo la multa, todas las penas susceptibles de imposición a la persona jurídica son graves. Sin embargo, no todos los delitos que estas cometen son graves. En cualquier caso, en palabras de Villacorta Hernández (2012),

la única pena por la que se puede optar en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la multa, que por ello será la opción prioritaria, salvo que razones de prevención especial, o la gravedad y las especiales circunstancias de la conducta imputada aconsejen otra medida (p. 129).

Para poder evaluar la adecuación de las penas previstas al caso concreto, será necesario incidir sobre quién o quiénes recaen los costes de los efectos disuasorios que pretende la sanción penal económica impuesta sobre la empresa.

5. Sujeto pasivo del delito

El sujeto pasivo es la parte que resulta afectada por el incumplimiento, es decir, el perjudicado de las obligaciones contables no llevadas a cabo correctamente. Por tanto, el sujeto pasivo será el ente público titular del derecho de crédito cuyo incumplimiento es requisito *sine qua non* para la existencia de delito.

Puede afirmarse que el delito contable solo protege a los intereses de la Hacienda Pública y no a la totalidad de los sujetos que pueden resultar afectados por los fraudes de la contabilidad. Es necesario que la obligación contable venga establecida por una ley tributaria, de manera que si la anomalía contable no viene a vulnerar ninguna exigencia tributaria, pero produce lesión de intereses particulares, no constituirá delito contable, resultando de aplicación lo dispuesto en el texto punitivo para las falsedades en documentos mercantiles (Villacorta Hernández, 2015, p. 189).

Ciertamente, la legislación debería haber definido quién es el sujeto pasivo del delito contable, cuestión esta que no aborda, pero debemos interpretar como sujetos pasivos susceptibles de serlo tanto a la Hacienda estatal como la foral, autonómica, la Hacienda de los entes institucionales, comprendiendo también a la Seguridad Social, siempre que estas se vean afectadas negativamente por el incumplimiento de las obligaciones contables.

6. Sujeto activo del delito

Tratándose de un delito especial –propio– (Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 1995, pp. 346-352), como se ha indicado, será necesario el cumplimiento de un doble requisito por parte del sujeto activo. Así, será preciso que el sujeto activo sea previamente sujeto pasivo de una relación jurídico-tributaria de carácter formal –cada tributo establecerá la sujeción al cumplimiento de unos deberes contables–, y otra de carácter material –ha de ostentarse la cualidad de deudor tributario–.

Cierto es que para cierto sector doctrinal este delito ha llegado a calificarse como delito «doblemente especial»²³, y ello porque en los supuestos de las modalidades a), c) y d) la especialidad se refiere a la superposición de una relación jurídico-tributaria material con otra formal, y el supuesto de la modalidad b) exige la cualidad de empresario a la par que la obligación de la llevanza de libros.

Antes de adentrarnos en las distintas categorías de autoría que en relación con este delito pueden tener lugar, debe atenderse con especial cuidado cuál será el momento en que el

²³ Entre otros, *vid.* Aparicio Pérez (1997, p. 189) y Aparicio Pérez y Álvarez García (2010, p. 14).

delito puede entenderse consumado, esto es, el *iter criminis*, que en el caso de la modalidad a) quedaría situado en el momento en el que el sujeto activo incumpla de manera absoluta la llevanza de la contabilidad en el régimen de estimación directa de bases tributarias. La modalidad b) quedaría consumada cuando se confeccionen contabilidades distintas que oculten o simulen la contabilidad real de la empresa. En cuanto a las modalidades c) y d), en el caso de la omisión de la declaración, la consumación quedaría ceñida a la finalización del periodo voluntario para el ingreso sin que el sujeto haya presentado su declaración-liquidación, mientras que en la situación en la que queda reflejada una falsa contabilidad, el momento consumativo será el de la presentación de la declaración-liquidación por el obligado al pago, no siendo necesario esperar al último día hábil para que se produzca el ingreso voluntario.

En cuanto a la tentativa punible del delito, en principio solo serían reprochables penalmente los apartados b), c) y d).

6.1. Autor directo

Si atendemos a la dicción del artículo 310 del CP, el delito contable solo puede ser cometido por una persona física que se halle obligada por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales, o bien por una persona jurídica, que entraría en el escenario de aplicación del artículo 310 bis del CP, en virtud del cual se invoca la condición de autor a quien actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica o en nombre o representación de la misma.

Parece claro que de lo expuesto deberían excluirse directamente del tipo a los empresarios que se encuentran obligados a la llevanza de contabilidad por mandato de la legislación mercantil, y a los sujetos pasivos del tributo que no exijan una llevanza de la contabilidad, o que no reúnan las condiciones para ello. En cambio, y concretando algunos impuestos, sí entrarían (Villacorta Hernández, 2015, p. 175) en la estructura punitiva del artículo 310 del CP los sujetos obligados a la llevanza de la contabilidad en el impuesto sobre sociedades²⁴, IRPF²⁵ e IVA²⁶.

²⁴ Prescribe la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de Sociedades, en su artículo 120.1, que «los contribuyentes de este Impuesto deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio o con lo establecido en las normas por las que se rigen. En todo caso, los contribuyentes a que se refiere el Capítulo XIV del Título VII de esta Ley llevarán su contabilidad de tal forma que permita identificar los ingresos y gastos correspondientes a las rentas exentas y no exentas».

²⁵ En este sentido, dispone el artículo 104 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, relativo a las obligaciones formales de los contribuyentes, que «1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas estarán obligados a conservar, durante el plazo de prescripción, los justificantes y documentos acreditativos de las operaciones, rentas, gastos, ingresos, reducciones y deducciones de cualquier tipo que deban constar en sus declaraciones».

²⁶ Por su parte, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, en su artículo 164.1.4.º, relativo a las obligaciones de los sujetos pasivos, apunta la obligación de «llevar la contabilidad y los registros que

6.2. Autor mediato no representante

En el delito contable, por su propia naturaleza y esencia se excluye el régimen de coautoría, de manera que solo se permite la ejecución como autor directo o como autores (varios) mediatos, con independencia de la posible punibilidad atribuible por la participación que otros sujetos hayan podido llevar a cabo. Así, el artículo 28 del CP nos anuncia que:

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Asimismo, el artículo 29 del CP indica que «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Ciertamente, los posibles sujetos intervinientes en operaciones que pueden rodear, ceñirse o estar al borde de la consumación de un delito contable –reuniendo todos o algunos, pero no todos los presupuestos básicos del tipo de injusto– son frecuentemente empleados contables, asesores fiscales/contables o abogados, para lo que será determinante discernir si el partícipe actúa o no como representante de la persona obligada por la ley tributaria a llevar la contabilidad mercantil o libros o registros fiscales.

Sin embargo, al ser el delito contable un delito especial propio, automáticamente nos dirige a descartar a los asesores contables, asesores fiscales y abogados, porque no son los sujetos que eminentemente invoca el precepto penal, pero ello no obsta para que puedan verse implicados en otro tipo de responsabilidad penal, quedando a salvo su participación en concepto de inductor, cooperador necesario o cómplice.

En este sentido, la SAP de Burgos de 29 de marzo de 1999 puso de manifiesto que «el asesor fiscal y contable está excluido de la autoría directa²⁷ dado que no reúne la condi-

se establezcan en la forma definida reglamentariamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables».

²⁷ Ahora bien, el Tribunal Supremo, en virtud de STS de 6 de febrero de 2001, anunciaba que «queda perfectamente acreditado: a) Que era el asesor contable y fiscal de los acusados y empresas a que se refieren las actuaciones [...] no puede ser considerado como autor del delito contable por carecer de la condición de sujeto pasivo de la obligación contable y tributaria, y no poderse apreciar ninguna otra forma de participación [...]. No es sujeto pasivo de ninguno de los tributos a los que afectan las anotaciones

ción de sujeto pasivo de la obligación contable tributaria, pues los obligados por las leyes tributarias a llevar la contabilidad de forma completa y veraz son el empresario, el gerente y el representante».

Ahora bien, la figura del profesional contable, asesor o abogado, no debería responder por el delito en cuestión cuando se actúe sin la presencia de dolo. Evidentemente, podrá responder por imprudencia en aquellos delitos en que expresamente venga tipificada como tal, ex artículo 12 del CP. En todo caso, el sujeto pasivo de la obligación tributaria podría ser autor mediato, al servirse del profesional que ofrece sus servicios como un mero instrumento material del hecho, pero que en realidad este desconoce la ilicitud de la situación.

Por otro lado, podría darse una situación un tanto compleja, en el sentido de que el sujeto obligado tributario que puede cometer el delito contable –entiéndase en este caso persona física– induce al contable, asesor o abogado a realizar el comportamiento prohibido, exteriorizando este un comportamiento doloso. En este caso el profesional que ofrece sus servicios no podría ser castigado siguiendo las reglas del juego que emanan del derecho penal, ya que no puede ser sujeto activo del delito al ser configurado este como un delito especial propio y no ostentar, por tanto, el profesional la calidad necesaria para que le sea imputable. Pero es que, además, el sujeto obligado tributario no podría ser partícipe, al no existir delito al que poder vincular su inducción (Villacorta Hernández, 2015, p. 179). Aquí es donde, dejando a un lado la pionera y clásica doctrina alemana, Suárez Sánchez (2001, p. 35) y Villacorta Hernández (2015, p. 179) aluden a la «teoría del instrumento doloso no cualificado», en virtud de la cual el sujeto obligado tributario será castigado como autor mediato; y el contable, asesor fiscal o abogado será sancionado como cómplice. Distinto sería el caso en el que el delito lo cometa el contable, asesor fiscal o abogado, siguiendo las órdenes del titular de la empresa en la que prestan sus servicios, pues ello pudiera derivarse del principio de obediencia debida.

Ciertamente, en el presente caso resulta necesario diferenciar entre la figura de representante legal y representante voluntario. En el primer caso este sustituye a su representado *erga omnes*, y puede ser directamente autor del delito contable. En el caso del representante voluntario, este no puede ser el autor del delito contable, pero sí puede participar en el mismo a través de alguna de las fórmulas contempladas en el artículo 28 o 29 del CP, ya expuestos con anterioridad. Evidentemente, la presencia o no del dolo será esencial para delimitar si el representante voluntario es un mero instrumento material del sujeto pasivo –actúa sin dolo y, por tanto, queda impune–. De igual manera, si este representante actúa con dolo y por propia iniciativa, no será responsable de delito contable, sin perjuicio de su posible responsabilidad por otro tipo penal, llegado el caso –entiéndase

ficticias [...]. Solo puede considerarse autor directo del delito el obligado por ley tributaria a llevar los libros y la demás contabilidad de la empresa [...]. La conducta se configura como un auténtico cooperador necesario al realizar una actividad imprescindible para la perpetración del ilícito penal sancionado».

un posible delito de falsedades del artículo 392 del CP-. Sin embargo, si el representante voluntario actúa con dolo pero sigue las instrucciones del sujeto pasivo, será cómplice del deudor tributario, el cual –el sujeto pasivo– será inductor del delito cometido. Pero si nos ceñimos a la «teoría del instrumento doloso no cualificado» –pues de lo contrario no habría responsabilidad penal alguna–, el inductor en este caso sería calificado como autor mediato, y el inducido como cómplice.

7. Concurso de leyes y la relación del delito contable con otros delitos

La mayor parte de la doctrina considera que cuando un sujeto pasivo ha cometido un delito del artículo 310 del CP con el fin de cometer defraudación tributaria, se produce un supuesto de concurso de leyes que debe resolverse con arreglo al principio de consunción a favor del artículo 305 del CP. En este sentido, en el artículo 8.3.º del CP se dispone que «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código [...] se castigarán observando las siguientes reglas: el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel».

Con buen tino destacan autores, como Villacorta Hernández (2015), que

es necesario un cambio legislativo para establecer una separación radical entre el delito contable y el de defraudación tributaria, configurando el primero para que sea compatible con el segundo y no quede, como sucede en la actualidad, en caso de concurrencia, subsumido por él (p. 197)²⁸.

En cuanto a las reglas concursales por su relación con las normas administrativas, cabe afirmar que se cometerá el delito contable de las letras a) y b) del Código Penal en el caso de incumplimiento absoluto y total de llevanza de contabilidad en régimen de estimación directa de las bases, y en el caso de llevar varias contabilidades siempre y cuando esto se haga con ánimo de engañar. Las demás conductas posibles en relación con estos dos casos de incumplimiento total de llevanza de contabilidad y de llevar contabilidades diversas serán sancionables como meras infracciones administrativas (Aparicio Pérez, s. f., p. 243).

Finalmente cabe afirmar que el delito contable consagrado en el artículo 310 del CP es compatible con los delitos tipificados en los artículos 305 y 308 del CP, quedando abierta de igual manera la puerta del concurso de delitos.

²⁸ Vid., también, Octavio de Toledo y Ubieto y Delgado Gil (2009, p. 213).

7.1. Relación del delito contable con el delito de defraudación tributaria

El delito del artículo 310 del CP es perfectamente compatible con la comisión delictiva del artículo 305 del CP. De hecho, se ha considerado que cuando el sujeto pasivo haya cometido el delito del artículo 310 con el fin de cometer defraudación tributaria, nos encontraremos ante un supuesto de concurso de leyes que debe resolverse con arreglo al principio de consunción²⁹ a favor del artículo 305 (Ayala Gómez, 1988, p. 375). De esta manera, solo serán punibles los comportamientos del artículo 310 en los supuestos de inaplicabilidad del artículo 305 (Villacorta Hernández, 2012, p. 8), y ello sobre la base jurisprudencial de que el delito contable

es un delito instrumental en la medida que sanciona actos preparatorios de una infracción tributaria anticipando las barreras de protección penal, que solo queda elevado a la categoría de delito autónomo cuando no se haya producido la defraudación a Hacienda constitutiva de delito³⁰.

7.2. Relación del delito contable con la infracción de falsedad documental. Análisis del artículo 290 del CP

El hecho punible configurado en el artículo 310 del CP puede ser calificado como falsedad en documento mercantil, tipificado en el artículo 392 del CP. Ahora bien, el concurso debe considerarse en función de la finalidad real que ponga de manifiesto el delincuente.

²⁹ En este sentido, el artículo 8 del CP prescribe que «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.^a (...).

2.^a (...).

3.^a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.^a (...).».

³⁰ Cfr. STS de 28 de diciembre de 2000.

La STS núm. 827/2006, de 10 de julio, en virtud de la cual resuelve un caso en el que tiene lugar una venta de solar en el que no hay que descontar un supuesto coste de adquisición, pues la operación a que se refiere es en realidad un contrato simulado; adquiriendo factura falsa que sirvió por un lado para eludir el IS y asimismo para encubrir el pago a diversos profesionales que habían intervenido en la operación.

En el presente caso, el alto tribunal acuerda la prescripción de los hechos, pues el fraude contable no es el medio para el fraude fiscal, en cuyo caso no habría prescrito, pues el primero sería un mero acto preparatorio. En virtud de lo expuesto se absuelve a todos los acusados.

Cuando la falsedad tenga la intención de defraudar a Hacienda, estaremos ante un concurso de normas y no de delitos, de manera que aquí el concurso de normas se resolverá a favor del delito contable a tenor del principio de especialidad³¹ penal. Sin embargo, cuando la llevanza de contabilidad irregular tuviera otras finalidades adicionales a la de defraudar a la Administración tributaria, existiría un concurso ideal de delitos que podría resolverse a favor del delito de falsedades en documento mercantil (Álvarez García, 1997, p. 39).

Pues bien, señala el artículo 290 del CP que

los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

En este sentido, será irrelevante que las cuentas falseadas sean o no aprobadas con posterioridad por la junta general, «pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuricidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento»³².

Este delito consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de una forma que sea idónea para causar un perjuicio a la propia sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero. Además, en cuanto a su naturaleza, constituye un delito especial propio, pues únicamente pueden cometerlo los administradores de hecho o de derecho de la sociedad³³. En este sentido, la STS núm. 259/2013, de 19 de marzo, expone que

la jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el tipo previsto en el art. 290 del CP encierra una modalidad falsaria. De hecho, hemos llegado a afirmar que aquel precepto encierra de forma específica «... una modalidad delictiva falsaria», que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad.

³¹ Señala el artículo 8 del CP que «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general».

³² Cfr. STS de 14 de julio de 2006.

³³ Al respecto, la STS núm. 655/2010, de 13 de julio, establece que «se trata de un delito "especial propio" o "de propia mano" porque el autor o autores han de ser precisamente «los administradores de hecho o de derecho de la sociedad»». En el mismo sentido, la STS núm. 696/2012, de 26 de septiembre.

El precepto, en su párrafo 2.º, establece un subtipo agravado condicionado a que efectivamente se cause el mencionado perjuicio económico, aumentando el legislador la pena a imponer hasta la mitad superior de la prevista en el párrafo 1.º del artículo 290 del CP. De ahí que en la jurisprudencia se afirme que

el delito se comete cuando se falsean las cuentas de forma idónea para causar un perjuicio económico. Y, en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1.º), y otro de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2.º)³⁴.

En relación con el bien jurídico protegido, el artículo 290 del CP tutela la transparencia externa de la administración social, afirmando además la STS núm. 863/2009, de 16 de julio, que «la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad». Por su parte, la STS núm. 760/2015, de 3 de diciembre, pone de manifiesto que el delito societario del artículo 290 del CP no exige la producción de un perjuicio efectivo, aspecto este solo exigible en relación con el subtipo agravado.

También se analiza en la jurisprudencia el bien jurídico protegido, pero desde el punto de vista de los posibles perjudicados por la conducta típica, afirmándose que lo que se tutela realmente es «el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad». Lo anterior lleva a concluir que se trata de un delito de lesión³⁵. En otras sentencias también se hace mención, además, al patrimonio de los sujetos pasivos (sociedad, socios o tercero) como bien jurídico protegido, considerando al tipo penal del artículo 290 del CP de carácter pluriofensivo. Así, la STS núm. 760/2015, de 3 de diciembre, manifiesta que

por otra parte, debemos recordar que el delito de falsedad contable mantiene la estructura de las falsedades documentales, con el único matiz, que no se satisface con la lesión de la funcionalidad del documento, sino que también y muy especialmente atiende a la puesta en peligro o lesión del patrimonio de los sujetos pasivos.

Por lo que respecta al sujeto activo y pasivo en este delito, previamente debemos señalar que el Código Penal prescribe en el artículo 297 que

³⁴ Cfr. STS núm. 228/2016, de 17 de marzo.

³⁵ *Vid.* STS núm. 1217/2004, de 2 de noviembre.

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

Este delito únicamente puede ser consumado por quien sea administrador de hecho o de derecho de una sociedad, ya sea constituida o en formación. En este sentido, la STS núm. 655/2010, de 13 de julio, indica que la condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido, de manera que

la característica constitutiva de este tipo de delitos especiales es el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho Penal, a través de semejantes tipos, protege.

Así, solo podrá cometer el delito societario del artículo 290 del CP quien manda y dirige la actividad societaria, ya sea administrador de derecho, ya sea una persona que efectivamente dirija la sociedad aunque no haya sido nombrada formalmente.

Un problema de determinación del autor del delito podría tener lugar en aquellos casos en los que existiendo un administrador de derecho y realizando la conducta típica del artículo 290 del CP, otra persona colabora con actos necesarios en la realización de esa conducta delictiva, pero sin dirigir la sociedad y sin tener facultades de administración efectivas dentro de la sociedad. En este caso, y así lo ha resuelto la jurisprudencia, el colaborador necesario debe ser tratado como un *extraneus* y debe resultar de aplicación el artículo 65.3 del CP³⁶, pudiendo imponerse la pena inferior en grado³⁷. El mismo tratamiento penal debería recibir el inductor, de quien nace la idea delictiva y, de manera eficaz, directa y dolosa, hace surgir en el administrador de hecho o de derecho la voluntad, hasta entonces inexistente, de realizar el hecho delictivo del artículo 290 del CP.

³⁶ El artículo 65.3 del CP dispone: «Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

³⁷ Así, dispone la STS núm. 286/2012, de 19 de abril, que «sin desconocer que el quebrantamiento de los deberes de lealtad que vertebran el tipo penal del art. 290 los ejecutó con toda claridad Epifanio –el intraneus–, el actual recurrente coadyuvó eficazmente en la realización de la actividad como un extraneus, que, por ello, debe responder con la pena atenuada prevista en el art. 65.3 CP, con lo que se da una respuesta proporcionada a la distinta situación de Epifanio –administrador de derecho– y de Celso –extraneus– que colabora eficazmente en el delito de infracción del deber junto con el autor propio del delito».

Diferente sería el supuesto en el que el partícipe fuera un cómplice. De esta manera, pone de manifiesto el Tribunal Supremo que

el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario³⁸.

En este sentido, la STS núm. 841/2013, de fecha 18 de noviembre, puso de manifiesto la aplicación de una doble rebaja de la pena. Por un lado, se aplicaría la pena inferior en un grado por virtud del artículo 63 del CP al ser cómplice y, por otro, la rebaja correspondiente al artículo 65.3 del CP, por no ser autoridad o funcionario público en relación con un delito de malversación de caudales públicos.

Debemos añadir que el delito del artículo 290 del CP no es un delito de los denominados de «propia mano» que exija que el sujeto activo intervenga materialmente en la falsificación, sino que cabe atribuirle la autoría del delito siempre y cuando tenga el dominio funcional de la acción y que otra persona sea la autora material. Así se expone en la STS núm. 760/2015, de 3 de diciembre, que afirma que «tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción con tal que tenga el dominio funcional sobre la falsificación».

En relación con el sujeto pasivo del delito del delito societario del artículo 290 del CP, el precepto exige que el falseamiento de las cuentas o documentos a que se refiere el mismo tenga idoneidad para causar un perjuicio económico a la propia sociedad, a los socios o a un tercero. De esta manera, no podrá ser sujeto pasivo del delito la Hacienda Pública, pues, a tenor de la STS núm. 136/2017, de 2 de marzo,

no será ella nunca el tercero perjudicado a que se alude allí; lo impide el principio de especialidad (art. 8.1 del CP), hay un delito específico para esa situación con unas exigencias peculiares; que, además, tiene asignada una penalidad inferior; y que es perseguible de oficio precisamente por virtud de las consideraciones que

³⁸ Las SSTS núms. 386/2016, de 5 de mayo y 884/2014, de 15 de diciembre, añaden que «el dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel».

esgrimía la Audiencia para acudir al art. 296.2 CP. Pensamos en el delito del art. 310 del CP, que establece penas de prisión de entre cinco y siete meses anudadas a casos de contabilidades ficticias, no veraces o dobles. De ser la segunda de las hipótesis la ajustada a la realidad –las cuentas falseadas eran las presentadas a Hacienda– el tipo aplicable sería el art. 310 y el 290 CP.

Por su parte, la STS núm. 884/2016, de 24 de noviembre, parte del hecho de que el tipo básico del artículo 290 del CP no exige que se llegue a causar un perjuicio económico, a diferencia del subtipo agravado. Lo que no es admisible es su aplicación ante un supuesto de indeterminación del perjudicado.

En definitiva, el sujeto pasivo ha de serlo una persona determinada –o varias– o una colectividad de personas, aunque en ocasiones se indique que el bien jurídico protegido es plural y afecta al tráfico jurídico.

En cuanto a la conducta típica consistente en falsear, la STS núm. 1217/2004, de 2 de noviembre, establece que supone «mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho». En otras sentencias, se dice que consiste en falsear las cuentas anuales, es decir, «adulterar, simular o tergiversar la verdadera situación contable de la entidad de que se trate»³⁹.

Por lo tanto, podrá cometerse este delito no solo cuando se altera la realidad económica o jurídica falseando las cuentas anuales u otros documentos de manera activa, sino cuando se omitan determinadas operaciones que deban reflejarse en aquellos, ocultándolas. Así, de esta forma la falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad.

Precisamente el deber jurídico del administrador de cumplir su función con la diligencia de un ordinario empresario y de un representante leal (art. 127.1 LSA y art. 61 LSRL) supone una fuente de la posición de garante, que permite que el resultado sea imputable al administrador por comisión por omisión⁴⁰.

³⁹ Cfr. STS núm. 259/2013, de 9 de marzo.

⁴⁰ La STS núm. 459/2013, de 28 de mayo, recoge los siguientes requisitos o elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del CP: «a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P. exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión su-

El problema principal que se nos plantea en relación con la conducta típica del falseamiento de las cuentas u otros documentos a los que se refiere el delito societario del artículo 290 del CP estriba en si cabe incluir o no todas las modalidades falsarias del artículo 390 del CP. Hay que tener en cuenta que el artículo 392 del CP, en relación con las falsedades que cometiere un particular en un documento mercantil, limita la tipicidad a aquellos supuestos en los que se ejecutare alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del artículo 390 del CP⁴¹, excluyendo, por tanto, la modalidad falsaria consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en relación con la aplicación del artículo 290 del CP, al considerar que comprende todas las modalidades falsarias del artículo 390 del CP, incluida la cuarta modalidad, consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos⁴², aunque el administrador de hecho o de derecho de una sociedad no tenga la condición de autoridad o funcionario público. Ciertamente, la STS núm. 359/2013, de 22 de abril, pone de manifiesto que este delito constituye una verdadera modalidad falsaria en la que su componente esencial es precisamente faltar a la verdad en la narración de los hechos, como ocurre igualmente en otros preceptos de este CP, como en los artículos 261, 326 o 362 del CP.

En cuanto al objeto material, sobre el que recae la conducta falsaria, el tipo penal del artículo 290 del CP está constituido por las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. En la determinación del objeto material es especialmente relevante la STS núm. 655/2010, de 13 de julio, que establece que en las cuentas anuales se comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria (art. 172 LSA). En cuanto a los «otros documentos» establece que hay que atender al artículo 171 de la LSA, que incluye el informe de gestión, la propuesta de aplicación de resultados y, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados. Además,

ponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

⁴¹ El artículo 390.1 CP dispone que «será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

- 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
- 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
- 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
- 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos».

⁴² Al respecto, la STS núm. 932/2006, de 5 de octubre, apunta que «aunque la falsedad ideológica ("faltar a la verdad en la narración de los hechos") producida en documento mercantil sea impune respecto a los particulares que la cometan, tal impunidad no se puede extender al presente delito».

se establece en la sentencia que se trata de una expresión *numerus apertus*, lo cual deja abierto el abanico a aquellos documentos «que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad».

El tipo penal exige como requisito esencial que el falseamiento del objeto material se realice «de forma idónea» para causar un perjuicio económico, aunque no se llegue a causar dicho perjuicio, es decir, configurándose como un delito de mera actividad. En el caso de que se cause un perjuicio efectivo, estaremos ante un delito de resultado, y se aplicará el subtipo agravado (art. 290. 2.º CP). Por lo tanto, en síntesis, podemos afirmar que el perjuicio económico no tiene por qué llegar a causarse para la consumación delictiva en su modalidad falsaria básica, pero sí debe existir un perjuicio económico concreto, e identificarse el sujeto pasivo de ese perjuicio. Asimismo, dicho perjuicio se configura como un dato fáctico que debe recogerse de manera ineludible en los hechos probados de la sentencia⁴³. También se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación con la existencia en las cuentas de la sociedad de irregularidades contables, negándose la tipicidad de las mismas con base en que «anudar sin más una falsedad contable a las irregularidades expresadas para integrar el delito del artículo 290 del CP resulta arriesgado e incorrecto penalmente porque no toda irregularidad es equivalente a una falsedad de contenido penal»⁴⁴.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial afirma que solo cabe falsear lo que es susceptible de ser tenido por verdadero. Se mantiene que no son falsos los juicios de valor que se realizan en el ámbito de la contabilidad, aunque sean juicios de valor incorrectos, como los que se pueden realizar sobre la calificación contable de un dato de hecho. Así se afirma en la STS núm. 884/2016, de 24 de noviembre, al indicarse que «el resultado de unas cuentas puede ser incorrecto, sin falsedad, si las partidas no son correctamente consideradas desde esa perspectiva»⁴⁵.

En relación con el tipo subjetivo, además de no preverse su comisión imprudente, se exige el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción y la presencia de un dolo de perjudicar, incluso directo y no meramente eventual.

Finalmente, en cuanto al momento consumativo del delito societario de falsedad contable, la STS núm. 150/2011, de 18 de febrero, manifiesta que «su consumación aparece

⁴³ Vid. STS núm. 355/2012, de 4 de mayo.

⁴⁴ Cfr. STS núm. 439/2016, de 24 de mayo.

⁴⁵ Añade la sentencia que «por otra parte los hechos que dieron lugar a esa declaración, descritos doblemente más arriba, no implican actos del recurrente que puedan calificarse, sin otras añadiduras, como falsos, por más que se incurra en lo que se denominan, inespecíficamente, irregularidades o insuficiencias en la articulación de la contabilidad o incluso en su total omisión. Tales términos son equívocos, pues albergan tanto el concepto de falsedad como el de incorrección valorativa».

desde el momento en que se materializa la alteración documental, de forma que por su contenido y estructura pueda ser idónea o apta para causar un perjuicio económico. Aquí se agota y consuma el delito básico».

Referencias bibliográficas

- Álvarez García, S. (1997). El delito contable. *Auditoría Pública*, 9.
- Aparicio Pérez, A. (1997). *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código Penal de 1995*. Lex Nova.
- Aparicio Pérez, A. (s. f.). El delito de fraudes contables. *Actualidad Tributaria*, 14.
- Aparicio Pérez, A. y Álvarez García, S. (2010). El llamado delito contable. *Crónica Tributaria*, 136.
- Ayala Gómez, I. (1988). *El delito de defraudación tributaria*. Civitas.
- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. (2000). *Delitos contra la Hacienda Pública*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Cámara Barroso, M.^a C. (2018). El delito contra la Hacienda Pública (II). El delito fiscal (aspectos procedimentales y regularización voluntaria). El delito contable. En D. Fernández Bermejo y C. Mallada Fernández (Dir.), *Delincuencia Económica*. Aranzadi.
- Cortés Bechiarelli, E. (2002). Artículo 310. En Serrano González de Murillo y E. Cortés Bechiarelli, *Delitos contra la Hacienda Pública*. Edersa.
- Díez-Ochoa Azagra, J. M. (2017). *Derecho tributario y procedimientos de desarrollo (2). Comentarios y casos prácticos*. (6.^a ed.). Centro de Estudios Financieros.
- Ferré Olivé, J. C. (1988). *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal*. Praxis.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2015). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. (5.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Morales Prats, F. (2008). Artículo 310. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Delgado Gil, A. (2009). Los «delitos contra la Hacienda Pública» relativos a los ingresos tributarios: el llamado «delito contable» del artículo 310 del Código Penal. En E. Octavio de Toledo y Ubieto (Dir.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*. Tirant lo Blanch.
- Pérez Royo, F. (1986). *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Rodríguez Domínguez, L. (2017). Análisis de delitos económicos con base en la información contable. *Revista Contable*, 57.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (1995). *El delito contable tributario. Interpretación y análisis dogmático del artículo 350 bis del Código penal*. Aranzadi.
- Suárez Sánchez, A. (2001). El sujeto activo en los delitos contra la administración pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 68.



Villacorta Hernández, M. A. (2012). Novedades en los delitos relacionados con la contabilidad. *Técnica Contable*, 749.

Villacorta Hernández, M. A. (2012). Novedades y mejoras en la configuración del delito contable: responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de estable-

cer un programa de prevención del delito. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF.-*, 358.

Villacorta Hernández, M. A. (2015). Necesaria revolución en la configuración legislativa del delito contable. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF.-*, 389-390.

Cláusula *rebus* y vulnerabilidad económica

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

El presente supuesto aborda una cuestión de evidente actualidad, ya que es en estos momentos cuando están llegando a nuestros órganos judiciales los primeros casos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Los hechos que integran el caso propuesto ponen de manifiesto que la citada cláusula *rebus* solo es aplicable si el supuesto no puede quedar bajo el ámbito de los decretos-leyes aprobados por el Gobierno ante la situación de pandemia. Se trata de descubrir los casos de «arrendatarios oportunistas» que, ante la actualidad jurídica que ha adquirido la misma, tratan de modificar sus condiciones contractuales arrendaticias pactadas al amparo de una vulnerabilidad económica que no concurre y que solo pretende hacer recaer sobre el arrendador el pretendido reequilibrio del contrato de arrendamiento.

Palabras clave: arrendamientos urbanos; cláusula *rebus sic stantibus*; vulnerabilidad económica.

Fecha de entrada: 13-07-2021 / Fecha de aceptación: 28-07-2021

Enunciado

Juan es arrendatario del piso 2.º de la calle Prim n.º 13 de Madrid, en virtud de contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador en fecha 21 de octubre de 2016, y por un periodo inicial de cinco años, hasta el 20 de octubre de 2021. Se trata de un piso de casi 300 metros cuadrados en el centro de Madrid. La renta pactada en el contrato fue de 32.400 euros anuales, pagadera por mensualidades anticipadas de 2.700 euros al mes, y actualizable anualmente conforme al IPC general nacional. La renta actualizada ascendía a fecha de demanda a 2.813,40 euros mensuales.

Juan es un empresario de locales de ocio, en concreto tiene cuatro locales en Madrid, que explota por medio de cuatro sociedades, de las que es accionista mayoritario. Dichas sociedades son de las que provienen los ingresos del demandante, los cuales, según la parte, superan los 5.000 euros mensuales.

Según refiere Juan, de las cuatro empresas de las que es socio, tres de ellas han ingresado 0 euros durante el segundo trimestre del año 2020, frente a los cuantiosos ingresos del año 2019, y una de ellas ha rebajado sus ingresos en un 70 %, pasando de ingresar más de 75.284,19 euros a ingresar 17.934,69 euros, siendo estos los únicos ingresos de las sociedades de Juan. Los ingresos personales de Juan se han visto reducidos a la mitad.

Juan señala que dicha reducción de ingresos ha sido causada por la terrible crisis que arrastra el ocio nocturno, que es el sector al que se dedican las empresas de Juan, tanto durante el confinamiento, como posteriormente al mismo, añadiendo que dichos negocios continúan cerrados debido a que la Comunidad de Madrid ha vuelto a realizar recortes sobre el ocio nocturno.

En concreto, señala Juan que el 11 de marzo de 2020 la Comunidad de Madrid redujo el aforo a 1/3, por lo que tuvo que proceder al cierre de sus establecimientos el 11 de marzo de 2020, por ser inviable el ejercicio de las actividades empresariales a las que se dedica en sus negocios en tales condiciones. Dos días después todas sus actividades quedaron paralizadas. Por lo expuesto, Juan entiende que no nos encontramos ante un problema del arrendatario, sino de ambas partes contratantes en el contrato, que exige tomar acuerdos que permitan a ambas partes adaptarse a las nuevas circunstancias, ajustando los pagos a la realidad del momento.

A la vista de ello, el arrendatario solicitó de la arrendadora una exoneración o reducción de renta, lo que fue rechazado por los arrendadores. Juan señala que ha abonado la renta de abril de 2020 y 2.250 euros por cada una de las mensualidades de mayo, junio y julio de 2020. El arrendatario se remite a la cláusula *rebus sic stantibus*, planteándose iniciar una demanda judicial que le autorice a reducir la renta desde 2.813,40 euros a 2.250 euros al mes hasta la finalización del contrato.

Acude a un despacho de abogados para este fin; ¿cabe en este caso la aplicación de la cláusula?

Cuestiones planteadas:

1. Naturaleza y caracteres de la cláusula *rebus sic stantibus*.
2. Relación entre dicha cláusula y los decretos-leyes 11/2020 y 15/2020.
3. Vulnerabilidad económica y arrendatario oportunista.
4. Jurisprudencia en la materia.

Solución

1. La cláusula *rebus sic stantibus* es la regla que permite al deudor exonerarse o aminorar el impacto negativo de un riesgo contractual no asignado en el momento de formalizar el contrato, que se materializa mediante la concurrencia de circunstancias extraordinarias y no previsibles, las cuales no son imputables a ninguna de las partes.

Estamos ante una construcción doctrinal que, tradicionalmente, ha sido aceptada por la jurisprudencia como instrumento útil para compensar desequilibrios en las prestaciones. Se aplica cuando por circunstancias sobrevenidas, y siempre fuera de la capacidad de actuación de las partes, a una de ellas le resulte absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Si descendemos al momento de la negociación (al que seguirá la regulación contractual), las partes toman en consideración las circunstancias existentes al momento de su concreción. De esta manera, y a través de la cláusula *rebus*, sería posible una modificación del mismo cuando una circunstancia externa, sobrevenida, y en todo caso extraordinaria, altere significativamente el equilibrio inicial entre las prestaciones.

No obstante, dicha cláusula restablecedora del equilibrio, en principio, se confronta con los principios *pacta sunt servanda* y el principio de seguridad jurídica. Es por ello que la cláusula sobre la que gravitan estas reflexiones se ha configurado como un instrumento excepcional y extraordinario.

Por tanto, la especialidad radicaría en determinar si la circunstancia excepcional alegada por la parte es de entidad suficiente y supone un desequilibrio bastante para que el juez estime procedente la aplicación de la cláusula.

El Tribunal Supremo, tras la Guerra Civil, recuperó la cláusula *rebus* admitiendo la posibilidad de su aplicación en sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941, pero fue la Sentencia de 17 de mayo de 1957 la que, asentando su carácter y rigor excepcional, la admitió definitivamente y estableció los requisitos que se venían manteniendo invariables:

- a) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes

contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.

El último requisito lo completó la Sentencia de 6 de junio de 1959 (RJ 1959\3026): «Que careciese de otro medio para remediar el perjuicio».

La crisis económica que debutó en nuestro país a finales de 2007 y 2008 permitió que se sometiera a discusión la aplicación de la cláusula *rebus*, lo que alumbró años después pronunciamientos jurisprudenciales que se ajustaron invariables a los requisitos de la jurisprudencia pos-Guerra Civil. Así, la STS de 17 de enero de 2013, rec. núm. 1579/2010 (NCJ057764) la abordó frontalmente, advirtiendo y proclamando abiertamente que no es jurídicamente admisible la aplicación de esta cláusula sobre la base de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación cuando la prestación sea la entrega de cantidad dineraria, porque el dinero, en cuanto cosa genérica, nunca perece. Se afirma, además, que la cláusula es ajena a la esencia del caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, fue a partir del año 2014 cuando asistimos a un punto de inflexión en la jurisprudencia, que suavizó su discurso respecto de la crisis económica y que vino a entender que es un motivo que puede reconducirse al cambio sustancial de las circunstancias. Se hace un giro en la visión y misión de la cláusula, superando la concepción subjetivista basada en el principio de equidad, para gravitar en el principio de buena fe contractual o la conmutatividad del comercio, interpretado sobre la teoría de la base del negocio.

Sin embargo, no podemos decir que asistamos a un giro o flexibilización del principio de vinculación contractual *pacta sunt servanda* (arts. 1258 y 1091 CC). Todavía hoy existen pronunciamientos distintos que aplican, o no, la cláusula en función de la justicia material del caso concreto. Podríamos decir que la tendencia es hacia la tipificación u objetivación de la cláusula, huyendo de su aplicación automática y estando a la singularidad de las circunstancias concretas del caso.

El Tribunal Supremo estableció como marco de inaplicación de la cláusula *rebus* el riesgo normal y previsible del contrato y, en ese sentido, atiende a la intención de las partes en el contrato para establecer el grado de previsibilidad del riesgo asumible. De este modo y en materia de negocios especulativos, entendió que no es posible admitir que una parte asuma los beneficios de la especulación y, a su vez, repercuta en la contraria las pérdidas que pudieran producirse por un sesgo inadecuado para sus intereses de la realidad económica (STS de 30 de abril de 2015, rec. núm. 929/2013 [NCJ059930]), aplicando la regla *ubi commodum, ibi incommo-dum*. En el supuesto de hecho enjuiciado se concluye que las operaciones especulativas tienen como esencial el cambio de circunstancias, que es, a su vez, el que determina el mayor valor del bien que se adquiere y que debe ser asumido en cualquier sentido que se produzca.

Asimismo, la jurisprudencia ha optado por descartar la aplicación de esta cláusula cuando, debido a la asignación del riesgo, no fuera procedente revisar o, en su caso, resolver el

contrato. Así, específicamente referida a la crisis económica como motivo de aplicación de la cláusula, la STS de 11 de diciembre de 2014, rec. núm. 1198/2012 (NCJ059162) dispuso que el problema de la crisis financiera es un «suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse imprevisible o inevitable». Por ello entendía la sala que no concurre un aumento extraordinario de la onerosidad (y, en el mismo sentido, la ya citada STS de 17 de enero de 2013, rec. núm. 1579/2010 (NCJ057764), declaraba en su FD III: «Ahora bien, que la regla *rebus sic stantibus* pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato»). Antes en el tiempo, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012 ya declaraba que «la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación».

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de febrero de 2015, rec. núm. 282/2013 (NCJ059860), planteó la posibilidad de estimar como hecho notorio que la crisis económica puede ser considerada como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las que se había establecido el inicio y el desarrollo de la relación contractual. No obstante, como ya se ha dicho y ahora se insiste, la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada ni de un modo automático, sino que resulta necesario examinar que el cambio efectivamente comporte una significación jurídica que merezca atención. El hecho de que la crisis económica constituya presupuesto previo, justificativo del cambio operado, no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; pero, «la crisis económica no puede constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula *rebus*, cuando confundándose la tipicidad de la figura se pretende su aplicación por la vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación».

En este sentido y respecto del riesgo normal de los contratos, la STS de 30 de abril de 2015, rec. núm. 929/2013 (NCJ059930) advierte de que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus* a quien se ve afectado por la crisis económica, previene del peligro de convertir esta opción en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas. Así, entiende que «correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante».

2. A partir de lo desarrollado en el apartado precedente, resulta imprescindible explicar el contexto normativo real, que nuestro arrendatario pretende hacer compatible con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y que no explica adecuadamente, lógicamente, para lograr la estimación de sus pretensiones, que estimo inviables.

Con ocasión de la excepcional situación de pandemia que nuestro país vivió en 2020 (todavía no superada completamente), el Gobierno adoptó vía decreto-ley unas medidas también excepcionales, para proteger adecuadamente a los inquilinos de los arrendamientos de vivienda que se veían directamente afectados en el cumplimiento de su obligación del pago de la renta, por la propia situación de forzosa parálisis económica del país, ya sea porque los trabajadores arrendatarios quedaron afectados por extinciones de sus contratos de trabajo (expedientes de regulación de empleo, ERE), o ya porque se vieron inmersos en suspensiones de sus contratos de trabajo (expedientes de regulación temporal de empleo, ERTE).

Para conseguir esta primera protección, se promulgó el Real Decreto-ley 11/2020, dentro del cual y como «medidas dirigidas a familias y colectivos vulnerables», se contempló un nuevo paquete de medidas para apoyar a las familias y a los colectivos más vulnerables, que, tras la paralización de gran parte de la actividad económica, han visto afectados sus ingresos y, por consiguiente, su capacidad para hacer frente a los gastos necesarios para el mantenimiento de sus hogares.

En primer lugar, se adoptan medidas dirigidas al apoyo al alquiler de personas vulnerables. En España, en el 85 % de los arrendamientos de vivienda el propietario es una persona física, pequeño propietario. Esta particularidad del mercado del alquiler en España hace especialmente necesario que las medidas adoptadas faciliten los acuerdos entre las partes para permitir el pago de las rentas. Se establecen por ello propuestas en este ámbito dirigidas a la necesaria protección a los colectivos más vulnerables que puedan ver sensiblemente afectada su capacidad para hacer frente al alquiler, al tiempo que se garantiza un equilibrio entre las partes que impida que la vulnerabilidad de los arrendatarios sea trasladada a los arrendadores, especialmente a aquellos para los que los ingresos generados por la renta del alquiler pueden ser esenciales.

En este contexto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a un triple objetivo: primero, responder a la situación de vulnerabilidad en que incurran los arrendatarios de vivienda habitual como consecuencia de circunstancias sobrevenidas debidas a la crisis sanitaria de la covid-19, especialmente aquellos que ya hacían un elevado esfuerzo para el pago de las rentas, pero también aquellos que, sin estar previamente en esa situación, se encuentren ahora en ella circunstancialmente. Segundo, diseñar medidas de equilibrio que impidan que, al resolver la situación de los arrendatarios, se traslade la vulnerabilidad a los pequeños propietarios. Y, tercero, movilizar recursos suficientes para conseguir los objetivos perseguidos y dar respuesta a las situaciones de vulnerabilidad. Con estos objetivos, el real decreto-ley establece, entre otras medidas, la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional y la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual.

Como se observa en esta síntesis de los principales contenidos de la norma expresados en su exposición de motivos, y se desprende de los artículos 5 y 6 del Decreto-ley 11/2020, estas medidas giran todas ellas a partir de que el inquilino de arrendamiento de vivienda tenga la condición de «económicamente vulnerable»; este es el concepto esencial y sin la concurrencia del cual ninguna de las medidas recogidas en la norma le es aplicable. El

Decreto-ley 11/2020 solo está creado para la protección de las dos partes de los arrendamientos de vivienda, excluyéndose de su aplicación a los arrendamientos de industria o de locales o inmuebles para uso distinto del de vivienda.

El Gobierno, consciente de que el anterior Decreto-ley 11/2020 excluía de protección a las partes de los arrendamientos de industria o de locales o inmuebles para uso distinto del de vivienda, promulgó el Real Decreto-ley 15/2020, en cuya exposición de motivos ya se indica que como consecuencia de las medidas excepcionales adoptadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, muchas actividades económicas se han visto obligadas a suspender su actividad o a reducir drásticamente la misma.

En virtud de lo anterior, la falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo que dure el estado de alarma puede dar lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler (no viviendas) que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades. A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta ley.

Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea, porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves. Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales.

En ambos decretos-leyes 11 y 15 de 2020, se distinguía entre arrendadores grandes tenedores (tienen que aceptar forzosamente las moratorias o reducciones en el pago de la renta) y arrendadores pequeños tenedores (que no está obligados a aceptar las medidas citadas, debiendo las partes tratar de llegar a un acuerdo o, en otro caso, acudir a la vía judicial).

3. Explicado el contexto normativo, y resolviendo el caso propuesto, nos encontramos con un arrendatario persona física que explota cuatro locales de negocio dedicados a la actividad de ocio y hostelería, en forma societaria (arrendamientos de industria) y que pretende trasladar la reducción de sus ingresos propios de su actividad empresarial a su situación particular como inquilino de un contrato de arrendamiento de vivienda vigente cuyo arrendador no tiene la condición de gran tenedor.

Por este arrendatario se considera que su situación, expuesta en el caso, carece de acomodo en ninguno de los dos reales decretos-leyes que en el apartado anterior hemos desarrollado, y de ahí que considere que sus pretensiones solo pueden ser estimadas aplicando la construcción jurisprudencial denominada cláusula *rebus sic stantibus*, a la que tanto protagonismo se está pretendiendo otorgar por los operadores jurídicos en estos momentos, olvidando que, además de ser de aplicación restrictiva, ha de ser valorada en su interpretación caso por caso, al no tratarse en absoluto de una doctrina jurisprudencial consolidada hacia su favorable aplicación con carácter general.

Podemos entender que la arrendataria nada quiera saber de lo que las exposiciones de motivos de estos dos decretos dicen: «Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial». El legislador nos está diciendo, expresamente, que estos decretos-leyes son una norma excepcional para regular específicamente los supuestos en que se podría plantear la aplicación de la cláusula *rebus*; ¿es viable seguir afirmando que no hay ley aplicable a casos como el presente? Sí la hay, el Decreto-ley 11/2020, del cual desea excluirse el arrendatario de manera inmotivada, conocedor de que no puede ser vulnerable económicamente, pues, de hecho, ni el más mínimo intento realiza de justificar su pertenencia a algún colectivo vulnerable.

Por el arrendador, se considera que los hechos descritos en la demanda están perfectamente regulados en el Decreto-ley 11/2020, texto que estableció medidas excepcionales para proteger a los inquilinos de arrendamiento de vivienda, siempre que acrediten tener los requisitos que le hagan acreedor de su condición de arrendatario económicamente vulnerable.

Pues bien, nuestro arrendatario es un inquilino de vivienda, que se considera afectado por las consecuencias económicas de la pandemia y que desea que le sean aplicadas las medidas previstas en el Decreto-ley 11/2020, pero renegando simultáneamente de este Real Decreto-ley, porque solo quiere, de forma oportunista, que le sean concedidas sus pretensiones al amparo de la cobertura de una doctrina jurisprudencial de vigente actualidad jurídica, al saberse incapaz de poder acreditar su condición de económicamente vulnerable. Recordemos los términos de la STS de 30 de abril de 2015, que advierte de que, «aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus* a quien se ve afectado por la crisis económica, previene del peligro de convertir esta opción en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas», y este es precisamente nuestro caso.

Por lo tanto, para el actor, su inaceptable planteamiento jurídico es el siguiente: las medidas previstas por el Gobierno en el Decreto-ley 11/2020 son para proteger a arrendatarios de vivienda siempre que sean capaces de acreditar su pertenencia a colectivos económicamente vulnerables, pero si un inquilino resulta incapaz de justificar uno de estos requisitos (la vulnerabilidad económica), podrá él unilateralmente entender que la ley no le es aplicable y puede intentar lograr estas mismas medidas excepcionales amparado en la cobertura de la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que esta doctrina habilitaría que unas medidas excepcionales puedan pasar a ser generales, cualquiera que sea la disminución de ingresos nacida del hecho imprevisible concurrente. Nuestra arrendataria se niega a aceptar que, por no ser vulnerable económicamente, él no tiene derecho a beneficiarse de las medidas excep-

cionales reguladas por el Gobierno. Todo ello resulta un planteamiento jurídico rechazable e imposible de compartir, lo que aboca necesariamente a la desestimación de sus pretensiones, pues lo que el arrendatario se plantea es la homologación judicial vía sentencia, de su propia situación de vulnerabilidad a la carta, producto de su propia elaboración personal.

Es nuestra jurisprudencia la que ha acotado con precisión los peligros de aplicar con carácter general la cláusula *rebus*, pues ello terminará por dar cobertura a incumplimientos contractuales infractores del *pacta sunt servanda* y del principio de seguridad jurídica, por parte de los que también la jurisprudencia ha acuñado como «incumplidores oportunistas», figura en la cual cabe integrar a nuestro arrendatario.

La exposición de motivos del Decreto-ley 11/2020 describe perfectamente la posibilidad de permitir la aplicación de estas medidas excepcionales de modulación o modificación de las obligaciones contractuales, solo «si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual», en consonancia con la cláusula *rebus*.

Pues bien, no se puede apreciar la buena fe contractual en un arrendatario incapaz de acreditar esa ruina desde el momento en que puede seguir empleando nada menos que 2.250 euros al mes en seguir pagando una renta (y de hecho lo sigue haciendo), siendo así que lo único que realmente pretende es mantener el arrendamiento acomodando su obligación de pago de la renta a sus personales intereses por razones de oportunidad. Resulta absolutamente inverosímil el concepto de ruina que trata de defender si la alternativa que pretende es la de que tal ruina se vea resuelta para el mismo, con solo una reducción de un 20 % de la renta.

No podemos tampoco apreciar buena fe contractual en su relación arrendaticia, si puede seguir pagando 2.250 euros al mes, pues ello lo único que hace patente es su deseo de no cambiar de vivienda arrendada, a sabiendas de que en la ciudad de Madrid es posible, por esa renta, lograr alquileres de viviendas de similar superficie aunque no sea en la calle Prim. El arrendatario termina por acreditar un panorama fáctico cuya pretensión real no es la de reequilibrar las prestaciones de un contrato arrendaticio de vivienda que se ha desequilibrado por causa de la pandemia, sino la de ahorrar sus obligaciones arrendaticias reduciendo su renta de forma oportunista, provocando que el falso reequilibrio se traslade solo al arrendador. Pues no olvidemos que, de estimarse sus pretensiones, solo el arrendador terminaría sufriendo las consecuencias, ya que el arrendatario continuaría viviendo en la vivienda con una obligación reducida.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.091 y 1.258.
- Ley 29/1994 (arrendamientos urbanos), arts. 26 y 30.
- Real Decreto-ley 11/2020 (medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19), arts. 5 y 6.
- SSTs, Sala 1.ª, de 17 de enero de 2013, 24 de febrero de 2015 y 30 de abril de 2015.

Expropiación forzosa

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

En este caso, un parlamento autonómico, ante la necesidad de ampliar su sede y no lograr un acuerdo con los interesados, dicta una ley por la que declara de utilidad pública los inmuebles precisos para la ampliación, sin justificar por qué escogió aquellos. Posteriormente, el Ejecutivo regional dicta un decreto declarando la urgente ocupación de los inmuebles. En la posterior acta de ocupación existe una discrepancia sobre los metros reales de un piso de un inmueble que fundamentó la decisión del jurado que optó, al fijar el justiprecio, por el inferior al real. El Tribunal de lo Contencioso acaba planteando una cuestión de inconstitucionalidad respecto a los dos únicos artículos de aquella ley. Finalmente, pasados 5 años desde la toma de posesión sin iniciarse las obras, se ejerce el derecho de reversión, transcurrido un año desde el aviso a la Administración en este sentido.

Palabras clave: expropiación forzosa; declaración de utilidad pública; urgente ocupación; justiprecio; reversión de expropiación.

Fecha de entrada: 04-07-2021 / Fecha de aceptación: 26-07-2021

El Parlamento canario tiene intención de ampliar la sede del mismo, debido a las «serias limitaciones de espacio que lo hacen insuficiente para albergar las dependencias políticas y administrativas de la Cámara», por lo que entabla negociaciones con los propietarios de los edificios número 5 de la calle XXX y números 44 y 46 de la calle YYY, en Santa Cruz de Tenerife. Se trata de predios aledaños, situados en la misma manzana, y que permiten, desde un punto de vista arquitectónico, una integración espacial y funcionalmente admisible con la actual sede parlamentaria.

Sin embargo, las intensas negociaciones llevadas a cabo no dieron resultado alguno, por lo que el citado parlamento tramita y aprueba la ley de Canarias número 00/2018, publicada el 14 julio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de los edificios anteriormente indicados. La ley tan solo tiene dos artículos.

La citada ley no especifica, ni en su exposición de motivos ni en su articulado, la razón de la elección de estos edificios y no de otros varios en la misma manzana, y que hubieran permitido, desde un punto de vista arquitectónico, la misma integración espacial y funcional, como se deduce del plano parcelario de la manzana, colindantes con el parlamento, que pudieran haber satisfecho también la necesidad planteada.

El primero de los artículos de la ley dispone:

Con destino a la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, se declara de utilidad pública la expropiación forzosa de los edificios número 5 de la calle XXX, número 44 y número 46 de la calle YYY, en Santa Cruz de Tenerife, según el parcelario de la manzana que se incorpora como anexo.

El artículo segundo establece, por su parte, lo siguiente:

Se habilita al Gobierno de Canarias para que, a instancia de la Mesa del Parlamento de Canarias, previa audiencia de la Junta de Portavoces, declare la utilidad pública de otros inmuebles colindantes al de la sede de la Cámara, a los efectos de su ampliación.

Los titulares de dichos edificios, interpretando que aquella ley en realidad viene a ser una sanción por la falta de acuerdo en el previo intento de compraventa voluntario iniciado entre ellos y el Parlamento canario, consideran ilegal dicha actuación, sin que supieran, en ese momento, qué actuación o actuaciones podrían llevar a cabo para paralizar los efectos de aquella ley, de forma inmediata.

En desarrollo de esta ley, se dictó por el Gobierno de Canarias el Decreto 142/2018, de 30 de agosto, que dice, sin más, literalmente:

Se declara urgente la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa iniciada por la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias con motivo de la ampliación de la sede del Parlamento Autonómico. Los bienes y derechos a los que se refiere la declaración de la urgencia de la ocupación decretada se corresponden exclusivamente con los enumerados en el artículo primero de la Ley autonómica 00/2018.

Este decreto no se notificó personalmente a los propietarios afectados.

En el levantamiento del acta previa a la ocupación, se hizo constar que la superficie de uno de los pisos de los inmuebles afectados medía 120 m², cuando la realidad es que la extensión era de 160 m². El jurado provincial de expropiación, teniendo en cuenta lo recogido en el acta fijó, como elemento para el justiprecio, la extensión de 120 m². Contra la decisión del jurado, recurrió, en su momento, el titular afectado.

Contra este decreto, los titulares de los edificios afectados, litigando bajo una única representación de procurador y defensa letrada, presentaron recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sita en la isla de Tenerife. Este órgano jurisdiccional otorgó a las partes y al Ministerio Fiscal el plazo común e improrrogable de 10 días para que pudieran alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, la sala resolvió en el plazo de tres días por auto, acordando el planteamiento de la referida cuestión de inconstitucionalidad sobre la totalidad de la ley, es decir, los dos artículos citados, toda vez que podría vulnerar artículos de la Constitución.

Finalmente se hacer constar que sobre uno de los edificios expropiados, transcurridos cinco años desde la toma de posesión, todavía no se había iniciado la ejecución de obra alguna, lo que provocó que por parte del titular del mismo se solicitara la reversión. Transcurrido un año desde dicha solicitud sin que la Administración hubiere notificado nada al respecto, considera estimada su solicitud y pide a la Administración la ejecución material de la devolución del edificio.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Podían hacer algo los titulares de los edificios a los que afecta la ley, una vez publicada, y de forma inmediata?
2. ¿Concurría el juicio de relevancia preciso para plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra los dos preceptos citados?
3. ¿A qué artículos de la Constitución podría afectar la citada ley?

4. Enumere, de forma concreta, si existieran, esos vicios que harían total o parcialmente inconstitucional la ley
5. ¿Existe vulneración del artículo 24 de la CE?
6. ¿Cómo debe resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto 142/2018 del Gobierno canario?
7. ¿Cómo ha de resolverse el recurso interpuesto por el titular de un piso cuando en el acta previa a la ocupación se recogió que su extensión era de 120 m², cuando la realidad es que era de 160 m²?
8. ¿Es ajustada a derecho la interpretación del silencio administrativo que ha realizado el titular del edificio sobre el que no se realizó obra alguna transcurridos cinco años? En el hipotético supuesto de que tuviera razón, ¿cómo podría obligar a la Administración a la devolución del edificio?

Solución

1. ¿Podían hacer algo los titulares de los edificios a los que afecta la ley, una vez publicada, y de forma inmediata?

En principio, contra la ley nada podrían hacer, puesto que el único recurso que cabe es el de inconstitucionalidad, para el que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (LOTC) solo estarían legitimados el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo y, al menos, 50 diputados o 50 senadores.

Por lo que podrían ejercitar el derecho de petición reconocido en el artículo 29 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, e instar a alguno de los legitimados para que formularan en su caso el oportuno recurso de inconstitucionalidad por los motivos que en preguntas posteriores se analizarán.

En dicho recurso, si es interpuesto por el presidente del Gobierno y solicitara su suspensión, basándose en el artículo 161.2 de la Constitución, se producirá aquella de forma automática, y permaneciendo durante cinco meses, al menos, esta suspensión; pasado ese plazo, el Tribunal Constitucional tendría que pronunciarse sobre su mantenimiento o levantamiento y, si nada dice, se entiende levantada.

Si el recurso lo interpone cualquiera de los otros legitimados, no habría posibilidad de suspensión de la ley impugnada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 30 de la LOTC, que señala que la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la

Constitución para impugnar, por medio de su presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las comunidades autónomas.

El artículo 56.2 de la LOTC prevé la suspensión de la resolución impugnada en caso de recurso de amparo. Cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la sala, o la sección en el supuesto del artículo 52.2 (presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación), de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

2. ¿Concurría el juicio de relevancia preciso para plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra los dos preceptos citados?

También con igual carácter previo al análisis del fondo de la presente cuestión es necesario determinar su objeto, tanto en lo que se refiere a las disposiciones legales que deben tenerse por cuestionadas, como en cuanto afecta a las normas constitucionales, de cuyo contraste se desprenderá la constitucionalidad o inconstitucionalidad de aquellas.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias cuestiona la Ley autonómica 00/2018 en su conjunto. No obstante, dicha ley está integrada por dos artículos cuya relevancia para la resolución del procedimiento contencioso-administrativo del que trae causa el presente proceso constitucional es ciertamente muy distinta. Así, mientras que en relación con el primero de los artículos –en el que se acuerda la necesidad de la ocupación de tres concretos inmuebles– se satisfacen las condiciones del juicio de relevancia requerido por el artículo 35.2 de la LOTC, no sucede lo mismo con respecto al segundo de los preceptos –que habilita al Gobierno de Canarias para declarar la utilidad pública y acordar la necesidad de la ocupación de otros inmuebles colindantes–.

Es doctrina reiterada de este tribunal que el juicio de relevancia «constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a través suyo se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, pues para realizar este tipo de control carece aquel de legitimación». Dicho juicio de relevancia «ha sido definido por el Tribunal Constitucional como el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada (por todos, ATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3.º, y las resoluciones allí mencionadas)» (ATC 21/2001, de 31 de enero, FJ 1.º) y constituye una de las condiciones esenciales para la admisión de la cuestión, en la medida que garantiza una interrelación necesaria (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 3.º [NCJ029117]) entre el fallo del proceso *a quo* y la validez de la norma cuestionada (STC 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5.º [NCJ042231]).

Para determinar la corrección del juicio de relevancia verificado por la sala proponente es necesario recordar los términos del procedimiento judicial subyacentes: la representación procesal de las personas recurrentes impugnan el decreto del Gobierno de Canarias, que declara urgente la ocupación de los bienes y derechos que se enumeran en el anexo del mismo, y que se refieren exclusivamente a los edificios identificados en el artículo primero de la Ley del Parlamento de Canarias 00/2018, sin que exista conexión alguna entre el decreto recurrido y los «otros inmuebles colindantes al de la sede de la Cámara» a los que se refiere el artículo segundo de la ley canaria, para los cuales se difiere una eventual declaración de necesidad de ocupación sobre los mismos a un futuro acuerdo del Gobierno de Canarias. En definitiva, la cuestión de inconstitucionalidad centrada en el artículo primero de la ley autonómica referida supera el juicio de relevancia, puesto que indudablemente existe una relación de dependencia o un nexo causal «lógico y directo» (ATC 26/2002, de 26 de febrero, FJ 2.º) entre el pronunciamiento sobre la validez del indicado precepto legal y el que ha de dictar el órgano judicial en los procesos contencioso-administrativos *a quibus*. Pues de ser inconstitucional el referido precepto legal, las demandas contencioso-administrativas habrían de ser, en principio, estimadas, declarándose nulo el decreto impugnado.

El artículo segundo de la ley cuestionada no supera, sin embargo, el repetido juicio de relevancia, pues no resulta en modo alguno aplicable para la resolución de aquel recurso contencioso-administrativo, en la medida en que no existe conexión lógico-jurídica alguna entre el mismo y el decreto canario recurrido, por lo que una eventual declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del meritado precepto legal carecería de todo efecto jurídico sobre la validez o invalidez del referido decreto. Por tanto, sobre este artículo no cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

3. ¿A qué artículo de la Constitución podría afectar la citada ley?

Podría plantearse el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley autonómica 00/2018 por su eventual contradicción con los artículos 14 y, sobre todo, 24.1 de la Constitución y posible infracción de los artículos 24.1 y 33.3.

Parece que la cuestión de inconstitucionalidad por el posible desajuste de Ley canaria 00/2018 con el artículo 33.3 exclusivamente, descartando la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad, no están acreditados.

Por tanto, la norma constitucional de contraste en este procedimiento solo ha de ser, en principio, la del artículo 33.3 (vulneración de la garantía del procedimiento expropiatorio, por haberse dictado una ley singular expropiatoria). Sin perjuicio, claro está, de que, en la medida en que resulte necesario, podamos fundamentar nuestro juicio de constitucionalidad en cualquier otro precepto de la Constitución, eventualidad esta que, prevista expresamente en el artículo 39.2 de la LOTC, es manifestación del principio *iura novit curia* e instrumento necesario para el mejor ejercicio de la función de depuración del ordenamiento, confiada a la jurisdicción de este tribunal para la adecuada garantía de la primacía de la Constitución

(SSTS 113/1999, de 22 de junio, FJ 2.º; 46/2000, de 14 de febrero, FJ 3.º; ATC 1393/1987, de 9 de diciembre, y ATC 1393/1987, FJ 2.º).

4. Enumere, de forma concreta, si existieran, esos vicios que harían total o parcialmente inconstitucional la ley

En este orden de consideraciones, los vicios de inconstitucionalidad serían, en esencia, los siguientes:

1. La Ley del Parlamento de Canarias 00/2018 constituye una ley expropiatoria singular dictada para hacer frente, no a «una situación singular», sino a «una situación general u ordinaria» (la ampliación de la sede del Parlamento autonómico con unos inmuebles sobre los que no se ha llegado a un acuerdo amistoso con sus titulares), que justificaría, en su caso, la utilización de la potestad expropiatoria ordinaria por parte de la Administración. Por ello, el recurso a una expropiación legislativa en el caso concreto analizado «determina una inobservancia de la denominada "garantía del procedimiento expropiatorio" que se recoge en el artículo 33.3 de la CE, cuando ordena que la expropiación se realice "de conformidad con lo dispuesto por las leyes"».

2. La utilización de las leyes expropiatorias solo resulta constitucionalmente admisible en supuestos excepcionales «que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad», no son remediables por las técnicas expropiatorias normales de las que dispone la Administración. Pues bien, la ley autonómica cuestionada afronta «una situación nada fuera de lo corriente», desplazando los procedimientos expropiatorios previstos con carácter general en la Ley de expropiación forzosa, lo que provoca un atentado «contra el artículo 33.3 de la CE, en cuanto que se expropia a los recurrentes despojándoles en un caso normal y no excepcional de las garantías que para ser expropiados de sus bienes les confiere el procedimiento regulado para las expropiaciones administrativas ordinarias».

Las leyes expropiatorias singulares están constreñidas a supuestos estrictamente excepcionales, frente a los que no resulta posible responder mediante el sistema expropiatorio general contenido en las leyes generales. En contraposición, en efecto, a las expropiaciones legislativas, ciertamente excepcionales, las operaciones expropiatorias ordinarias exigidas por la satisfacción de los intereses públicos se efectúan aplicando en cada caso concreto la legislación expropiatoria general.

Por tanto, la cuestión se circunscribe a las garantías del artículo 33.3, que garantiza un mínimo inexcusable: toda expropiación ha de ajustarse, entre otros, al requisito de que se verifique «de conformidad con las leyes». En principio, por tanto, nada se dice sobre la naturaleza jurídica del acto a cuyo través se lleve a cabo cada concreta expropiación, que podrá ser tanto una decisión administrativa como una ley o norma con rango legal. Lo exigido es, estrictamente, que la forma en cuestión se ajuste en su contenido a lo establecido en las leyes. Como sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige,

antes de nada y sobre todo, que una injerencia del poder público en el disfrute del derecho al respeto de los bienes sea legal, esto es, se lleve a cabo por ley o en aplicación de una ley (por todas, STEDH Pincová y Pinc contra República Checa, de 5 de noviembre de 2002, § 45).

3. Ley canaria 00/1992, al haberse dictado para hacer frente a una situación que no resulta en modo alguno excepcional, «carece de base razonable o, al menos, es desproporcionada en atención a la causa expropriandi, utilidad pública o interés social, y a la necesidad de ocupación, produciéndose, por tanto, una vulneración del repetido artículo 33.3 de la Carta Magna, al haberse creado el supuesto de hecho de forma arbitraria, resultando la singularidad de esa misma arbitrariedad, y no ser las medidas adoptadas razonables ni proporcionadas en función del fin propuesto y del mismo supuesto de hecho contemplado».

Además de no venir justificada por circunstancias excepcionales, la ley recurrida ofrece una estructura y contenido que no permiten que la defensa de los derechos e intereses de los particulares expropiados pueda satisfacerse en esta sede sin perjuicio de su contenido material ni menoscabo de la naturaleza propia de nuestra jurisdicción.

En este sentido, dos son los puntos que se deben examinar:

- De un lado, la definición de la causa *expropriandi* verificada por la ley; de otro, la declaración de la necesidad de ocupación de los tres concretos inmuebles incluidos en su artículo 1, aspectos sobre los que la sala proponente abriga dudas fundadas en cuanto a su constitucionalidad, por recibir en la ley un tratamiento supuestamente arbitrario o desproporcionado.

Es indudable que la declaración de utilidad pública de las obras de ampliación de la sede parlamentaria resulta plenamente constitucional y que tal juicio puede alcanzarse en este procedimiento sin merma alguna de los derechos afectados. En este orden de ideas, es evidente, en primer término, que la causa *expropriandi* ha sido definida por el legislador autonómico en una materia sustantiva atribuida indudablemente a su esfera competencial, como es la relativa a la determinación tanto de la necesidad de la ampliación de la sede del Parlamento autonómico como del alcance de la misma.

- Y, en segundo término, el legislador ha justificado en el preámbulo de la Ley 00/2018 la necesidad de proceder a dicha ampliación, debido a las «serias limitaciones de espacio que lo hacen insuficiente para albergar las dependencias políticas y administrativas de la Cámara».

Ahora bien, para emitir un juicio fundado sobre la posible arbitrariedad o desproporción de la declaración de necesidad de ocupación de los edificios número 5 de la calle XX y números 44 y 46 de la calle YY, en Santa Cruz de Tenerife, efectuada por el artículo primero de la Ley canaria 2/1992, son precisos elementos de evaluación que resultan impropios de la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Es doctrina de este tribunal que para comprobar si una determinada actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (por todas, la STC 70/2002 [NCJ042953], de 3 de abril, FJ 10.º, en relación con el control de la actuación administrativa; y STC 55/1996 [NCJ065130], de 28 de marzo FFJJ 6.º, 7.º, 8.º y 9.º, con respecto a la supervisión de la actividad legislativa).

Esta doctrina es coincidente, por lo demás, con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a propósito del derecho a la propiedad privada protegido por el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, señala que una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe velar por el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y las de protección de los derechos fundamentales del individuo (por todas, STEDH Spjorng y Lönnroth contra Suecia, de 23 de septiembre de 1982, § 69).

Aplicando los criterios reseñados para comprobar si la concreta determinación por el artículo primero de la ley autonómica cuestionada de la necesidad de ocupación de los edificios objeto de expropiación respeta el principio de proporcionalidad, debemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Los bienes cuya necesidad de ocupación se discute son indudablemente idóneos o adecuados para alcanzar el fin de utilidad pública perseguido con la operación expropiatoria, consistente, recordémoslo, en la ampliación de la sede parlamentaria. Y ello en la medida en que se trata de predios aledaños, situados en la misma manzana, y que permiten desde un punto de vista arquitectónico una integración espacial y funcionalmente admisible con la actual sede parlamentaria.
2. Ahora bien, los bienes en cuestión no son los únicos que podrían permitir eventualmente la ampliación de la referida sede, como se desprende del examen del plano parcelario de la manzana donde se ubica la cámara autonómica y, sobre todo, atendido el dato de que el propio legislador canario viene a admitir la existencia de otros inmuebles también idóneos, por cuanto el artículo 2 de la ley habilita a la Administración para expropiarlos. Partiendo de esta realidad y de la circunstancia de que la ley autonómica analizada contiene una medida expropiatoria de naturaleza singular de ciertos derechos patrimoniales, sería indispensable para verificar su necesidad una justificación específica que ni la ley ofrece por sí ni el Tribunal Constitucional puede determinar en un juicio sobre aquella realidad fáctica, cuya sede propia es la de la jurisdicción ordinaria.

Ni la exposición de motivos de Ley canaria 00/2018 ni su propio articulado explicitan en modo alguno los motivos por los que los bienes cuya necesidad de ocupación se acuerda de manera directa por el legislador autonómico son más idóneos o adecuados para materializar la causa *expropriandi* que aquellos otros bienes colindantes cuya expropiación se difiere hacia el futuro por el artículo 2 de la ley autonómica cuestionada, y respecto a los cuales, además, se prevé que será el Gobierno canario –y no la cámara legislativa autonómica– quien acuerde la necesidad de su ocupación, ampliándose de este modo el abanico de eventuales medios de impugnación de tal decisión administrativa, de los que no se beneficiarán, obviamente, los propietarios de los directamente expropiados por el legislador.

Pues bien, dado, por un lado, que la realidad de los hechos demuestra que el legislador autonómico disponía de una pluralidad de edificios que, al encontrarse ubicados dentro de la misma manzana edificatoria parecían igualmente idóneos, al menos a primera vista, para conseguir hacer efectiva la ampliación de la sede parlamentaria, y, dado, por otro, que ha seleccionado exclusivamente algunos de ellos, excluyendo los otros, sin ofrecer ningún motivo que justifique de manera razonable tal decisión, ni pudiendo el Tribunal Constitucional deducirlo a partir del contraste de unos y otros en punto a su idoneidad para el fin de la expropiación, pues para ello sería preciso un examen de la realidad fáctica que tiene mejor acomodo en el marco de la prueba practicable en un procedimiento judicial, debe concluirse que la declaración de la necesidad de ocupación de los edificios número 5 de la calle XXX y números 44 y 46 de la calle YYY, en Santa Cruz de Tenerife, efectuada por el artículo primero de la Ley canaria 00/2018, es contrario al artículo 33.3 de la Constitución.

5. ¿Existe vulneración del artículo 24 de la CE?

La referencia que, no obstante la limitación del planteamiento de la duda de inconstitucionalidad, debemos hacer también al artículo 24.1 de la CE obedece a que, como apreciamos en la STC 166/1986 FJ 12.º, las leyes singulares de expropiación inciden «sobre el derecho a la tutela judicial de la propiedad, que el artículo 24.1 de la CE garantiza a los propietarios». Por ello es obligado cuestionarse si, dado un procedimiento expropiatorio legalmente establecido, el expropiado tiene derecho a que cada una de sus fases se verifique a través de actos que puedan ser objeto de revisión jurisdiccional en todos sus extremos y con el mayor alcance. En otras palabras, si entre las garantías expropiatorias se incluye el derecho a que los intereses afectados sean en todo caso tutelables por los tribunales ordinarios y solo por ellos, con exclusión de otras jurisdicciones no judiciales. Por esta vía se vendría a excluir una posibilidad que el artículo 33.3 de la CE, en sí mismo, no impide: que alguna de las fases del procedimiento expropiatorio se lleve a cabo mediante normas con rango de ley, dado que este tipo de normas son accesibles a un control judicial limitado, por cuanto un juicio de constitucionalidad negativo solo puede llevar al juez ordinario a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, en cuya sustanciación no tiene intervención (inmediata) el particular afectado.

Desde una consideración de conjunto, es evidente que el afectado vería entonces mermada la posibilidad de discutir en derecho el contenido de la decisión formalizada bajo la cobertura de la ley, pues contra ella no puede reaccionar en los mismos términos y con el mismo alcance que sí le cabrían frente a una actuación administrativa. En particular, y por lo que al caso examinado importa, no podría invocar ante la jurisdicción la existencia de otros bienes capaces de proveer a la necesidad del expropiante en la misma o mejor medida que los que el legislador ha señalado como objeto de expropiación, y ello aun cuando en la ley misma se admitiera la existencia de tales otros bienes. Si ello es así, habrá de concluirse que la intervención legislativa en un procedimiento expropiatorio solo es aceptable en la medida en que los intereses y derechos afectados no vean disminuida con ello, de manera sustancial, su tutela jurisdiccional, importando solo que se trate de una tutela material y, por tanto, con independencia de que sea administrada por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional.

Esto supone que el problema deba abordarse, no tanto desde la perspectiva de la forma jurídica de la disposición, cuanto desde la del alcance del control jurisdiccional posible sobre la disposición adoptada. En otras palabras, un acto legislativo expropiatorio solo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad; esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un juez de lo contencioso. Por tanto, la forma legislativa únicamente será admisible si todas las lesiones que eventualmente le sean imputables pueden corregirse con el normal ejercicio de la jurisdicción constitucional, sin desnaturalizarla o pervertirla para, forzando su naturaleza, extenderse también sobre extremos de la disposición que solo están al alcance de la jurisdicción ordinaria. Esta necesaria correspondencia entre las posibilidades de defensa de los derechos e intereses legítimos, por un lado, y el instrumentario que para su ejercicio efectivo puede dispensarse en los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley, por otro, delimita el umbral de las circunstancias excepcionales que justifican la figura de la ley expropiatoria singular. Circunstancias que solo podrán darse si la idoneidad de los bienes a expropiar es indiscutible en atención al fin legítimamente perseguido y si la naturaleza misma de esos bienes, su identidad, diversidad o localización convierten en imposible, por insuficiente, el recurso a la simple acción administrativa.

En el caso que ha dado lugar al proceso judicial de los que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, no son de apreciar circunstancias de esa especie. Se trata de un supuesto perfectamente común en el que, no pudiendo alcanzar un acuerdo con la propiedad de unos inmuebles para su adquisición por compraventa, el poder público recurre al expediente de su expropiación forzosa por medio de una ley singular. Es habitual y razonable que las pretensiones adquisitivas del poder público procuren articularse con los instrumentos jurídicos menos gravosos para los particulares, sirviéndose del negocio jurídico privado antes que del recurso a las facultades de *imperium*, que habrán de desplegarse solo cuando el interés público razonablemente lo demande. Es este un dato con el que no

puede dejar de contar el particular que negocie con una Administración, siendo por ello la solución expropiatoria una variante que potencialmente se cierne sobre todo proceso negociador. Ahora bien, una exigencia mínima del principio de confianza legítima es que la brindada por el artículo 33.3 de la CE en punto a que, llegado el caso, la expropiación forzosa se verificará por los cauces establecidos en la ley y, según es común, por mano de la Administración, no se vea defraudada con el recurso a un medio tan exorbitante como es el empleo de la ley, justificable solo cuando los bienes, por su naturaleza o circunstancias, no admiten otra forma de adquisición por el poder público, pero no cuando, simplemente, este no puede adquirirlos de manera negociada, supuesto en el que la proporcionalidad impone más bien servirse de formas jurídicas que, como los actos administrativos, son susceptibles de un control jurisdiccional de mayor alcance y densidad que el ofrecido por el ordenamiento a los particulares frente a las formas con valor de ley.

6. ¿Cómo debe resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto 142/2018 del Gobierno canario?

Caben dos posibilidades:

- a) Si el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 00/2018, no tiene otra opción el órgano jurisdiccional que declarar su invalidez, su nulidad, pues concurre la causa de ser acto administrativo materialmente imposible, cuando es anulada la ley que decretó la expropiación singular; no existe expropiación alguna, por lo que no puede declararse la urgencia de algo que no existe (art. 47.1.c de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).
- b) Si el Tribunal Constitucional no declarara la inconstitucionalidad de la ley, esta declaración de urgencia (regulada en el art. 52 de la Ley de expropiación forzosa [LEF] de 16 de diciembre de 1954 y en los arts. 56 a 59 del Reglamento de expropiación forzosa [REF] aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957) no es ajustada a derecho, pues carece de motivación alguna, incumpliendo lo previsto en el artículo 35.1 a 9, en el sentido de que es obligatoria la motivación de los actos administrativos cuando «limiten derechos subjetivos o intereses legítimos». Este tipo restrictivo de expropiación requiere:
 - Que medien circunstancias excepcionales que exijan o aconsejen, al menos, el empleo de este procedimiento, pues la declaración de urgencia debe responder a urgencia reales y constatadas, en relación con una obra o finalidad concreta y determinada, suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago al justiprecio.
 - Que las circunstancias materiales y jurídicas existentes permitan la actuación urgente.

- Que el acuerdo esté motivado con la exposición de las circunstancias que lo justifiquen.
- Y que se retenga previamente crédito presupuestario.

Respecto a la falta de notificación a los interesados, de forma individualizada no es exigida, en sentido estricto, por la ley, aunque la regla segunda del artículo 52 exige notificar a los interesados afectados el día y hora en que se levantara el acta previa a la ocupación. Esta notificación personal sufre una excepción cuando la declaración de urgencia une la función de declaración de necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados, dado que para esta la LEF exige específicamente notificación personal. Sin embargo, en este caso, no se había decretado el acuerdo de necesidad de ocupación. Por otra parte, debemos significar que, en todo caso, la falta de notificación es un supuesto de ineficacia del acto, pero no de invalidez del mismo y, además, en este caso, al haberse recurrido, mediante el recurso correcto, el decreto que decretó la urgencia de la expropiación, se produjo la subsanación de la falta de notificación, porque ninguna indefensión real y efectiva se le ha producido por esta falta de notificación.

7. ¿Cómo ha de resolverse el recurso interpuesto por el titular de un piso cuando en el acta previa a la ocupación se recogió que su extensión era de 120 m², cuando la realidad es que era de 160 m²?

La finalidad del acta previa es la de constatar el estado físico y jurídico de los bienes y derechos afectados, para extraer de tales datos configuradores de la realidad material de los bienes y derechos el justiprecio adecuado. No obstante, estos datos materiales deben aportarse, en general, ya precisados al momento del levantamiento del acta, pues no es este el trámite adecuado para su determinación, aunque los pareceres jurisprudenciales no son uniformes al respecto. En este sentido, se considera que el acta no sirve para establecer la medición de una finca, sino que su superficie debe estar ya predeterminada al levantarse aquella. Sin embargo, la superficie fijada en el acta previa a la ocupación de una finca expropiada no puede prevalecer cuando resulte errónea sobre la realidad, pudiendo ser desvirtuados los actos consignados en las citadas actas por el resultado de informes periciales emitidos con las formalidades legales,

A efectos de determinar la estimación o no estimación del recurso interpuesto por el propietario del piso, es preciso diferenciar:

- a) Si no asistió al levantamiento del acta y con carácter previo a la determinación del justiprecio por el jurado, en la tramitación del expediente, como es natural, se le dio la oportunidad de conocer lo que se había recogido en el acta en cuanto a la extensión y no reaccionó contra ella alegando la inexactitud mediante las pruebas oportunas, podríamos encontrarnos ante un acto consentido o propio

que impediría el posterior recurso contra lo que ha decidido el jurado provincial de expropiación.

- b) Si asistió al levantamiento del acta y no se opuso a este extremo, ni con posterioridad y antes de la determinación del justiprecio por parte del jurado nada alegó en contra ni desvirtuó, estaríamos de nuevo ante un acto propio y con sentido.
- c) Si no asistió al levantamiento del acta y, con posterioridad, cosa poco improbable, por la forma en que se tramita el expediente de justo precio, no tuvo conocimiento de este dato, podría admitirse el recurso contencioso-administrativo contra la decisión del jurado.

Finalmente, es posible que se tratara de un error material o aritmético que, a tenor de lo previsto en el artículo 109 de la Ley 39/2015, sería susceptible de rectificación.

8. ¿Es ajustada a derecho la interpretación del silencio administrativo que ha realizado el titular del edificio sobre el que no se realizó obra alguna transcurridos cinco años? En el hipotético supuesto de que tuviera razón, ¿cómo podría obligar a la Administración a la devolución del edificio?

Carece de razón en la interpretación que ha realizado del silencio administrativo.

En este sentido, el artículo 64.2 del REF señala que

en todo caso, transcurridos cinco años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados quedaron a disposición de la Administración sin que se hubiera iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio o dos años desde la fecha prevista a este efecto, los titulares de aquellos bienes o derechos o sus causahabientes podrán advertir a la Administración expropiante de su propósito de ejercitar la reversión, pudiendo efectivamente ejercitarla si transcurren otros dos años desde la fecha de aviso sin que se hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio.

De lo que se deduce que la preceptiva intimación o aviso a la Administración de que sirva ejercitar el derecho de reversión y dejar transcurrir otros dos años para que se tuviera derecho a la devolución del edificio en cuestión.

En el hipotético caso de que se hubiere estimado su solicitud por silencio administrativo, que no es el caso, como el silencio administrativo se trata de un verdadero acto administrativo que produce efectos vinculantes para la Administración (art. 21.3.a de la Ley 39/2015), no necesitaría ya una declaración de su derecho a la recuperación del edificio, sino simplemente la realización efectiva o material de aquel derecho. En este sentido, a tenor del artículo

29.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, que señala que cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 (recurso contra la inactividad administrativa).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 24, 33 y 161.2.
- Ley Orgánica 2/1979 (Tribunal Constitucional), arts. 30, 32, 35.2, 52.2 y 56.2.
- Ley Orgánica 4/2001 (derecho de petición), art. 29.
- Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, art. 52.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 29.2.
- Ley 39/2015 (procedimiento administrativo común), arts. 21.3 y 47.1 c).
- Decreto de 26 de abril de 1957 (Reglamento de expropiación forzosa), arts. 56 a 59 y 64.2.
- SSTS 28/1997, de 13 de febrero; 113/1999, de 22 de junio; 46/2000, de 14 de febrero, y 64/2003, de 27 de marzo.
- SSTC 166/1986; 55/1996, de 28 de marzo; 70/2002, de 3 de abril, y 48/2005, pleno, de 3 de marzo.
- AATC 1393/1987, de 9 de diciembre; 93/1999, de 13 de abril, y 21/2001, de 31 de enero.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

Tu currículum no dice que
**DESPUÉS DEL
TRABAJO SEGUÍAS
TRABAJANDO
EN TU FUTURO.**

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales (Elearning) • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Asesoramiento Financiero y Bancario • Dirección Comercial y Marketing • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



INICIO
Preparación
en septiembre
de 2021