

### Nº 8. Julio-Diciembre 2021

	Sumario	Págs.	
http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial	EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA HABITUAL Y CONCURSO DE ACREEDORES DE LA PERSONA NATURAL NO EMPRESARIO Por Prudencio Moreno Trapiella  REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TRANSFORMACIÓN	02-26	
	DIGITAL DE LA JUSTICIA  Por Joaquín Delgado Martín	27-43	Edición semestral
	EL PROCESO DE EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN. REFERENCIA A LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN. LA INTERVENCIÓN DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Por María de la Luz Lozano Gago	44-59	ISSN 2603-7173
	LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE LAS MEDIDAS PROCESALES DE CARÁCTER COERCITIVO  Por Iván Fructuoso González	60-92	Editado en Madrid (España)
			por
w.l			Ilustre Colegio
W.			Nacional de Letrados
:://			de la Administración
http			de Justicia
	Licencia de las obras Pág. 93 Consejo editorial y Comité científico Pág. 94 Normas de publicación Pág. 95		

### EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA HABITUAL Y CONCURSO DE ACREEDORES DE LA PERSONA NATURAL NO EMPRESARIO

Foreclosure of the principal residence and insolvency proceedings of a natural person who is not an entrepreneur

Por Prudencio Moreno Trapiella

Letrado de la Administración de Justicia, doctor en Derecho prudenciomoreno@gmail.com

Artículo recibido: 03/05/21 | Artículo aceptado: 17/06/21

### **RESUMEN**

Analizaremos en este trabajo las diferentes hipótesis que se pueden plantear en el supuesto de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual y el simultáneo o posterior procedimiento concursal de la persona natural.

#### **ABSTRACT**

We will analyze in this work the different hypotheses that can be raised in the event of foreclosure of the habitual residence and the simultaneous or subsequent insolvency procedings of the natural person.

### PALABRAS CLAVE

Ejecución hipotecaria, procedimiento concursal.

#### **KEYWORDS**

Foreclosure, insolvency procedings.

Sumario: 1. Introducción. 2. Consecuencias procesales de la declaración del concurso para la ejecución hipotecaria en trámite. 2.1. Alzamiento de la suspensión de la ejecución hipotecaria. 2.2. Competencia objetiva en caso de reanudación de la ejecución. 2.3. Los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales. 3. El concurso de la persona natural: el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. 3.1 El régimen general de exoneración. 3.2. El régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos. 4. La clasificación concursal del crédito hipotecario en la parte insatisfecha del mismo tras la realización de la garantía hipotecaria. 5. Tramitación procesal de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho en los concursos sin masa activa. Especial referencia al

concurso consecutivo. 6. La solicitud de concurso tras la ejecución hipotecaria de la vivienda. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

#### 1. Introducción

En ocasiones declarado el concurso de la persona natural convive este procedimiento con la ejecución hipotecaria de su vivienda, se trata entonces de analizar en qué supuestos procede la suspensión de la ejecución hipotecaria tras la declaración del concurso de la persona natural.

Analizaremos otra hipótesis diferente, muy frecuente en la práctica procesal, aquellos supuestos en que, tras la ejecución hipotecaria, no alcanzando el producto obtenido con la subasta del bien para saldar la deuda, sobre el remanente de deuda se insta por el deudor el concurso y tras la liquidación de sus bienes, usualmente el bien hipotecado, solicita el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

### 2. Consecuencias procesales de la declaración del concurso para la ejecución hipotecaria en curso

Nos referiremos a aquellos supuestos que encontrándose en trámite la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, se produce la declaración de concurso del deudor hipotecario, es decir, las consecuencias que para el proceso de ejecución acarrea la posterior situación de concurso.

El marco normativo de referencia en caso de concurso del ejecutado es el art. 568 de la LEC y 142 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante TRLC).

El artículo 568 de la LEC impone la suspensión de las ejecuciones en caso de situaciones concursales o preconcursales. En concreto establece el art. 568.2 de la LEC que, el Letrado de la Administración de Justicia decretará la **suspensión** de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso.

En el caso de preconcurso, se prohíbe la iniciación de nuevas ejecuciones durante el plazo de tres meses, dos meses si se trata de persona natural no empresario (art. 588, aparatados 1 y 3 del TRLC). Para las ejecuciones en tramitación, en caso de preconcurso se suspenderán por el juez que estuviese conociendo de las mismas (art. 589 TRLC). Obsérvese la diferencia entre el concurso y el preconcurso, en un caso la suspensión la acordará el Letrado de la Administración de Justicia (art. 568 LEC), en otro caso el Juez (589 TRLC).

Por lo que se refiere específicamente a **las ejecuciones hipotecarias**, la declaración del concurso impide nuevas ejecuciones hipotecarias sobre los bienes o derechos de la masa activa **necesarios** para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (145.1 TRLC). Igualmente, en las

mismas hipótesis de necesariedad, se impone la suspensión de las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso (art.145.2 TRLC).

Existe no obstante cierta controversia doctrinal acerca de si la suspensión de la ejecución hipotecara opera automáticamente, es decir no requiere respecto de la que no exista pronunciamiento de «no necesariedad», o, por el contrario, requiere pronunciamiento expreso de «necesariedad» para que proceda la paralización de la ejecución.

La jurisprudencia mayoritaria se inclina a considerar que se produce automáticamente la suspensión de la ejecución hipotecaria una vez conste la declaración del concurso y entre tanto no exista pronunciamiento expreso en sentido contrario por parte del juez del concurso, es decir, la declaración del juez del concurso de «no necesariedad» del bien hipotecado.

Aparece sintetizada esta doctrina en resoluciones de la de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en la de 15 de marzo de 2019:

- a) Prohibición de ejecuciones hipotecarias nuevas desde la declaración de concurso. Los titulares de derechos reales de garantía sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos.
- b) Suspensión de las ya iniciadas desde la declaración de concurso. Las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta¹.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La ejecución de las garantías reales tras la declaración del concurso, sus líneas básicas, aparecen sistematizadas en las Resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 2017, de 15 marzo de 2019. Establece la Resolución DGRN de 15 marzo de 2019 (BOE 9 de abril) : «4. (...) tras sucesivas reformas legislativas (Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y Ley 9/2015, de 25 de mayo), con las matizaciones introducidas por una muy rica jurisprudencia menor, pueden sintetizarse en las siguientes: la primera de esas reglas es aquella según la cual, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos. La segunda, aquella según la cual, desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta. La tercera regla se refiere a que los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión

### 2.1. Alzamiento de la suspensión de la ejecución hipotecaria

Ahora bien, si como hemos señalado, opera la regla de la suspensión automática una vez declarado el concurso del deudor, procede el alzamiento de la suspensión en dos hipótesis diferentes: a) en caso de declaración expresa del juez del concurso de «no necesariedad» del bien para la continuidad de la actividad empresarial o empresarial del deudor; b) transcurso de un año desde la declaración del concurso.

a) Alzamiento de la suspensión en caso de declaración expresa del juez del concurso de «no necesariedad» del bien. Tendrá lugar el alzamiento de la suspensión cuando se haya producido un pronunciamiento del juez del concurso en el que se declare que los bienes «no son necesarios» para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendido el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso.

Por tanto, para que se pueda alzar la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas se requiere testimonio de la **resolución del juez del concurso que declare** que el bien sobre el que recaiga la ejecución «**no es necesario**» para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 147 TRLC).

deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendido el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el que era originariamente competente para tramitarla. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. Naturalmente, la previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias. La cuarta regla se refiere al fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes. Según esta regla, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación».

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 02-26 ISSN 2603-7173

b) Alzamiento de la suspensión desde la eficacia del convenio o desde el transcurso de un año de la declaración del concurso.

Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación.

El art. 148 TRLC aclara que, la reanudación de las ejecuciones suspendidas, se realizará en pieza separa ante el juez del concurso. Sin embargo, conviene recordarlo, el art. 148 TRLC se encuentra encuadrado dentro de la subsección 2º, de las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales, por lo que es discutible que se pueda aplicar analógicamente la referida disposición a ejecuciones distintas de las hipotecarias.

Por otra parte, la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía real no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor se **convierte en un nuevo presupuesto procesal**, sin esta declaración no será posible el alzamiento de la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes del concurso o iniciar nuevas ejecuciones<sup>2</sup>.

Este presupuesto procesal será **objeto de control por parte del registrador** en el momento de la certificación de dominio y cargas, así como la

<sup>2</sup> Antes de la reforma del art. 56 de la LC (Ley 38/2011), era mayoritaria en la jurisprudencia el criterio de entender que sólo procedía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias incoadas antes de que se hubiera dictado auto declarando el concurso en los casos en que el juez del concurso hubiese declarado previa y expresamente que el bien objeto de ejecución estaba afecto a la actividad o era necesario para la continuación de la misma. El cambio de criterio se hace visible en la jurisprudencia tras la reforma legal, así por ejemplo **el Auto de la** AP de las Palmas de GC de 28 de octubre de 2011 (ROJ AAP GC 2065/2011):«FJ.4 (...) Pues bien, tras una profunda deliberación, a la vista de las últimas reformas legislativas de la LEC y de la LC en esta materia (...) esta Sala modificará su posición respecto a la adoptada en el auto anteriormente referido por entender que desde la constancia de la declaración del concurso en el proceso de ejecución de garantías reales procede la inmediata y automática suspensión del mismo, sin necesidad de que conste declaración alguna del juez del concurso de que los bienes o derechos objeto de ejecución están afectos a o son necesarios para la actividad empresarial o profesional, suspensión que debe acordarse por el Juzgado de Primera Instancia (desde la entrada en vigor del actual art. 568,2 de la LEC, por Decreto del Secretario de dicho Juzgado) sin necesidad de otra constancia que la de que se declaró el concurso, suspensión que no podrá alzar sin embargo el Juzgado de Primera Instancia sino sólo el juez del concurso -único competente para ello-, previa instancia de parte (art. 57,1 LC) y sólo por las causas legalmente previstas (entre ellas, la declaración de que el bien no está afecto ni es necesario para la actividad empresarial o profesional del concursado)».

correspondiente práctica de la nota marginal de su expedición o, igualmente, al finalizar el procedimiento, al inscribir el decreto de aprobación del remate o adjudicación. El Registrador denegará la expedición de la certificación de dominio y cargas cuando constando registralmente la situación concursal del hipotecante entre tanto no conste testimonio del juez del concurso en la que se declare la «no afección del bien» (Resoluciones DRGN de 10 de enero de 2017 y de 15 de marzo de 2019)<sup>3</sup>.

### 2.2. Competencia objetiva en caso de reanudación de la ejecución

La ejecución hipotecaria podrá reanudarse cuando conste testimonio de la resolución del juez del concurso declarando la *no necesariedad* del bien, o igualmente, una vez *transcurrido un año* desde la declaración del concurso, sin que se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación o *aprobado el convenio* sin pronunciamiento expreso del juez del concurso sobre la afección o no del bien. Ahora bien, la cuestión es ante qué órgano deberá tener lugar esta reanudación, si ante el inicialmente competente o el del concurso.<sup>4</sup>

La jurisprudencia de la Audiencias provinciales no era coincidente en este punto. En algunos casos se ordena la continuidad ante el originariamente competente (JPI), en otros casos como pieza separada ante el juez del concurso. Parecía imponerse, al menos en los últimos tiempos, el criterio de que desde la declaración del concurso el Juez de Primera Instancia pierde la competencia para seguir conociendo de la mencionada ejecución.<sup>5</sup>

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 02-26 ISSN 2603-7173

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La declaración expresa de no afección se convierte en autentico presupuesto procesal, lo que determina que el juez no deberá admitir la demanda de ejecución en tanto no conste esta, y su contravención podría dar lugar incluso a la nulidad de actuaciones. En todo caso siempre expuesta al <u>control del registrador</u> al expedir la certificación de dominio y cargas, o bien al final del procedimiento cuando se inscriba la ejecución.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Señala CABANAS TREJO que: «Si tenemos en cuenta los antecedentes expuestos, está por ver qué prevalecerá en el ánimo de los Jueces, si la necesaria depuración previa de la competencia objetiva, o el derecho del acreedor a seguir con el procedimiento separado (...). Pero las dudas tienen mayor trascendencia práctica cuando se trata del ejercicio de nuevas acciones, pues exigir para el despacho de la ejecución una previa declaración del Juez del concurso, sobre todo cuando ya esté superado el plazo de espera, les expone a que en el intervalo se abra la fase de liquidación, de ahí que tampoco nos debiera extrañar que en el futuro, y para esos casos singulares, los Jueces no se muestren tan estrictos a la hora de valorar los presupuestos de la ejecución, y opten por dejar que la otra parte se movilice, pero sin perturbar el hecho de haber iniciado previamente el ejercicio de la acción, que simplemente se trasladaría al juzgado que entonces resulte competente, si al final se declara la afectación del bien. La alternativa por el contrario sería la nulidad de todo lo actuado [AAP Las Palmas (5) 50/2011, 25 de octubre de 2011, AAP Islas baleares (5) 607/2010, 28 de febrero de 2011], equivalente entonces a la pérdida de la ejecución separada, pues no es posible una nueva demanda ante el Juez del concurso una vez abierta la liquidación», CABANAS TREJO, R. La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores. En: *La Ley*. Madrid: La Ley, 2012, nº 16299, p. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> En esta materia, las audiencias provinciales se encontraban divididas. A favor de la reanudación ante el JPI, al menos en la hipótesis de que conste declaración del juez del concurso

La cuestión queda resuelta, al menos por lo que a las ejecuciones de garantías reales se refiere, en los arts. 146 y 148 del TRLC.

Cuando conste pronunciamiento del juez del concurso de no necesariedad del bien para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, la reanudación se realizará ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla (art. 146). En la hipótesis de eficacia del convenio o transcurso de un año desde la declaración del concurso, la

de que la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, entre otras, la AP de Barcelona, Auto de 18 de abril de 2011 (ROJ AAP B 2617/2011) : «Pero la misma resolución [Auto de 22 de septiembre de 2010], variando como hemos dicho, el criterio hasta entonces sostenido, indica que "resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia "». Igualmente, la Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 2019, afirma que tras la declaración del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad, cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el que era originariamente competente para tramitarla. En sentido contrario, Auto AP Las Palmas de GC de 28 de octubre de 2011, FJ 5:« Precisamente por ello concluimos, contra la doctrina sostenida por la sección 28a de la A.P. de Madrid en el auto de 18 de marzo de 2011 citado, que el Juzgado de Primera Instancia, una vez conste en el procedimiento la declaración del concurso, no sólo debe acordar la suspensión del proceso de ejecución singular -lo que actualmente se acuerda por Decreto del Secretario por imperativo del vigente art. 568,2 de la LEC - sino que debe acordar también la remisión de los autos para su continuación, en su caso, por el juez del concurso que es el competente para acordar el alzamiento de la suspensión y la reanudación, en su caso, de la ejecución singular como pieza separada del concurso por el mismo procedimiento que se viniera siguiendo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57,1 de la LC, puesto que, a nuestro entender, desde la declaración del concurso el Juez de Primera Instancia pierde la competencia para seguir conociendo de la mencionada ejecución para cuyo conocimiento ya es exclusivamente competente el juez del concurso (competencia objetiva sobre la que puede resolverse de oficio en cualquier momento del proceso, por ser cuestión de orden público, y que en este supuesto ha sido alegada, para sostener la del Juzgado de Primera Instancia contra los fundamentos del auto recurrido, por la parte recurrente que, fundamentos que, como se ha expuesto, comparte esta Sala)». Abonaría esta interpretación el propio legislador, al señalar expresamente la EM de la Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal que: «El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos».

reanudación se realizará en pieza separada dentro del procedimiento concursal (art. 148).

En el caso del art. 146, las ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios, deberá continuarse la ejecución ante el órgano judicial o administrativo originariamente competente para tramitarla.

En la otra hipótesis, el alzamiento de la suspensión desde la eficacia del convenio o transcurrido un año de la declaración del concurso, la competencia para la reanudación, en pieza separada, corresponderá al juez del concurso, Así queda establecido en el art. 148.2 TRLC: «La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda».

Debemos no obstante recordar en este momento que la competencia objetiva del juez del concurso cesa con la eficacia del convenio. La competencia objetiva del juez del concurso se extiende a toda la tramitación del concurso, pero cesa ésta con la aprobación del convenio.

Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso y con ello la competencia del juez del concurso, art. 394.1 TRLC.

Cuando la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en los arts. 44.1, 52 y 53 del TRLC a favor del juez del concurso respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.

El TS había determinado que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación (entre otras, STS 264/2017, de 3 de mayo)<sup>6</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Establece la STS 264/2017: «Decisión del tribunal. Competencia objetiva para conocer de las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en cuyo concurso ha sido aprobado un convenio (...) Por tal razón, cuando la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en el art. 8 de la Ley 22/2003 a favor del juez del concurso respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Como conclusión, una interpretación sistemática de los preceptos de la Ley Concursal, poniendo en conexión la ubicación del art. 50 dentro del título III «de los efectos de la declaración de concurso» con lo dispuesto en el art. 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, lo establecido en el art. 143.2 en relación con el art. 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas

### 2.3. Los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales

La apertura de la fase de liquidación de la masa activa tiene importantes consecuencias procesales para las ejecuciones hipotecarias, produce la pérdida del privilegio de la ejecución separada de los créditos con privilegio especial. Los acreedores reales que no hubieran ejercitado su acción antes de la declaración del concurso, abierta la fase de liquidación pierden el privilegio de ejecución separada. Las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso y que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de esta declaración se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto (art. 149 TRLC)<sup>7</sup>.

contenidas en el título III de la Ley que dispone el art. 147, permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio.

Todo ello sin perjuicio de que el crédito que pudiera reconocerse en una hipotética sentencia estimatoria, de ser anterior a la declaración de concurso y presentar la naturaleza de crédito concursal ordinario o subordinado, quedara afectado por el convenio, y, en concreto, por la extensión de los efectos del convenio prevista en el art. 134.1 de la Ley Concursal.»

<sup>7</sup> En esta conclusión ya abundaba la Resolución DGRN de 15 de marzo de 2019 (BOE de 9 de abril): «Y la quinta regla, que es la que más directamente interesa considerar ahora, tiene como objeto determinar los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales: la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto. La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora [...]. El acreedor no pierde el privilegio sustantivo: seguirá siendo acreedor con privilegio especial (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal), pero pierde el privilegio procesal. Los acreedores hipotecarios y pignoraticios tendrán que esperar, para obtener satisfacción, a que el bien sobre el que recae el derecho real de garantía se enajene conforme a las reglas imperativas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación de esta clase de bienes (artículos 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) a las que necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación. Se ha dicho que el sistema legal vigente privilegia al "ejecutante madrugador", esto es, aquél que hubiera iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso o inmediatamente después de que transcurriera un año a contar desde

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 02-26 ISSN 2603-7173

Pensemos en la hipótesis del concurso consecutivo tras el intento de acuerdo extrajudicial de pagos, por imperativo del art. 713.3 del TRLC, en caso de concurso consecutivo de una persona natural que no tenga la consideración legal de empresario, en el auto de declaración de concurso el juez acordará la apertura de la fase de liquidación. Si el acreedor hipotecario no hubiese iniciado con anterioridad la ejecución hipotecaria, la declaración de concurso le priva del privilegio de la ejecución separada del crédito hipotecario, ejecución que deberá realizarse en el seno del concurso.

# 3. El concurso de la persona natural: el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho

En el concurso de las personas jurídicas que termine mediante liquidación tiene lugar la extinción de la persona jurídica deudora y con ella la responsabilidad (Cfr. art. 485 TRLC). En el caso de las personas naturales, por el principio de responsabilidad universal, liquidados sus bienes siguen respondiendo de sus deudas frente a los acreedores.

Este era el régimen vigente en nuestro ordenamiento hasta la introducción en nuestro ordenamiento de la llamada *discharge* o segunda oportunidad, a partir de cuya reforma es posible la exoneración del pasivo no satisfecho en el concurso de la persona natural. El nuevo modelo se introdujo primero con la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Posteriormente fue adoptado el Real Decreto Ley 1/2015, transformado tras su tramitación parlamentaria en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante BEPI) respecto del deudor persona natural viene regulado en el Capítulo II, del Título XI, del TRLC, arts. 486 y ss., en el bien entendido que la competencia objetiva en unos casos viene atribuida al juez de Primera Instancia, respecto del concurso de persona natural no empresario, y en otros al Juez de lo Mercantil, respecto al concurso de la persona natural empresario (art. 44 TRLC).

Para que en el concurso de la persona natural el deudor pueda obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho el mismo deberá concluir por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. *Presupuesto subjetivo común* es que el deudor persona natural que sea de buena fe (art.487), es decir: a) concurso

esa declaración sin que hubiera tenido lugar la apertura de la fase de liquidación. Pero la coherencia del sistema es absoluta [...]. No obstante, los acreedores hipotecarios y pignoraticios siguen gozando de una situación particular. No sólo obtendrán satisfacción de los créditos garantizados con el valor de realización de los bienes gravados, como consecuencia de la afección real propia de estos derechos de garantía (artículo 155.5 de la Ley Concursal), sino que tienen, además, cierta posición de control en la realización de los bienes (artículo 155.4, párrafo segundo)».

fortuito, que el concurso no haya sido declarado culpable y, que; b) el deudor no haya sido condenado en sentencia firme contra determinados delitos. Existe un régimen general, cuando el deudor procede al inicio a abonar el pasivo no exonerable (art. 487 y ss.); y un **régimen especial** de exoneración por la aprobación de un plan de pagos (el abono del pasivo no exonerable dilatado en el tiempo, art.493 y ss.).

### 3.1. El régimen general de exoneración

En el régimen general se exige que se trate de un deudor de buena fe (con las condiciones que ello conlleva); y *el pago de todos los créditos contra la masa, los privilegiados*, y —en el caso de que no se hubiese intentado el acuerdo extrajudicial de pagos— el pago del 25% de los créditos concursales ordinarios.

Por tanto, en esta primera modalidad, el deudor quedará liberado del 75 o del 100% del crédito ordinario según se haya o no sometido previamente a un acuerdo extrajudicial de pagos, en definitiva, que, si antes se ha intentado el acuerdo extrajudicial y ha liquidado sus bienes, el beneficio supone *la exoneración de 100% de los créditos ordinarios*.

*El presupuesto subjetivo* exige que se trate de deudor de buena fe. Se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos:

- a) Concurso fortuito, es decir, que el concurso no haya sido declarado culpable
- b) Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso

En relación al primer requisito, conforme al art. 442 del TRLC, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor. Estableciendo el art. 444 una serie presunciones de culpabilidad, como son, incumplir el deber de solicitar la declaración del concurso, incumplir el deber de colaboración con el juez del concurso, o no hubieran formulado las cuentas anuales los tres últimos ejercicios, cuando el deudor estuviere obligado a ello<sup>8</sup>.

Prescribe con carácter general la apertura de la sección de calificación en el art. 446.1, precepto que establece que en la misma resolución judicial por la que

٠

<sup>8</sup> Excepciona el legislador en el BEPI, el requisito del carácter fortuito del concurso, cuando la culpabilidad se deba exclusivamente al retardo en la solicitud: «Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso» (art. 487.2.1)

se apruebe el convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación de la masa activa *el juez ordenará la formación de la sección sexta*. Solamente se excepciona, en caso de convenio, cuando se establezca una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido (446.2).

El presupuesto objetivo exige el abono de los créditos no exonerables. Para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores<sup>9</sup>.

Alcance de la exoneración. Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. Si el deudor no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados (art. 491).

### 3.2. El régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos

<sup>9</sup> «Artículo 487. Presupuesto subjetivo. 1. Solo podrá solicitar el beneficio de exoneración de responsabilidad el deudor persona natural que sea de buena fe. 2. A estos efectos, se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso. 2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme».

Artículo 488. Presupuesto objetivo. 1. Para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores. 2. Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, podrá obtener ese beneficio si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios».

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 02-26 ISSN 2603-7173

Además del presupuesto subjetivo común que comparte con la modalidad anterior, es decir que se trate de deudor de buena fe, como requisitos adicionales, se exige un presupuesto objetivo especial y el sometimiento a un plan de pagos judicialmente aprobado, en resumen:

- a) Deudor de buena fe. Es decir, concurso no culpable y la ausencia de condena penal.
- b) **Presupuesto objetivo especial**. 1.º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso **una oferta de empleo adecuada** a su capacidad. 2.º No haber incumplido los deberes de **colaboración** y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal. 3.ºNo haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años (art. 493).
- c) En la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, el deudor deberá aceptar de forma expresa someterse al plan de pagos que resulte aprobado por el juez y que la concesión de este beneficio se haga constar en el Registro público concursal durante un plazo de cinco años (art. 494).

Aunque el deudor de buena fe no hubiera satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quede exonerada.

En la segunda modalidad, art. 493 y ss., no se exige el abono de todos los créditos contra la masa y los concursales privilegiados, pero deberá someterse por contra a un plan de pagos aprobado judicialmente para poder disfrutar del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. En esta modalidad el deudor no puede hacer frente a todos los créditos privilegiados y contra la masa, por lo que dilata el pago, se somete a un plan de pagos.

Si se cumplen todos los requisitos se acordará la exención provisional. El juez concederá la exención definitiva una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio (499.1).

Por otra parte, para la obtención de la exención definitiva no es requisito inexcusable el cumplimiento íntegro del plan de pagos, en este sentido el art. 499 del TRLC contempla la posibilidad de obtención de la exención definitiva cuando el deudor hubiese destinado al cumplimiento del plan de pagos al menos la mitad de los ingresos percibidos, o, incluso bastaría que hubiere destinado la cuarta parte de los mismos cuando se trate de una persona situada en el umbral de exclusión definido en el Real Decreto ley 6/2102 (art. 499.2 TRLC).

La nueva regulación excluye de la exoneración, tanto en el régimen general como en el especial, *a los créditos ordinarios de derecho público*, circunstancia que ha generado cierta polémica doctrinal y jurisprudencial ya que el 178 bis de

la antigua Ley Concursal permitía, en el régimen general, exonerar el crédito público ordinario y subordinado, no en cambio en la modalidad especial, la del plan de pagos.

En este sentido, conviene recordar que, **la STS de 2 de julio de 2019**, estableció que también el deudor que se acogía al plan de pagos podía beneficiarse de la exoneración del crédito público ordinario, sin embargo, el TRLC excluye expresamente esta posibilidad en las dos modalidades, tanto en la general como en la especial. El Auto de 8 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona entiende que ha habido un exceso *ultra vires* respecto de la delegación otorgada al gobierno, por ello decide no aplicar el art. 491 del TRLC.

En todo caso, conviene recordar que la exoneración del deudor no alcanza a beneficiar a los obligados solidarios y los fiadores. Así, establece el art. 502 que: «La exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquel, salvo que se revocase la exoneración concedida».

La obtención del BEPI por pate del deudor no beneficia a los fiadores de éste. La razón habría que buscarla en que el BEPI no sería un supuesto de extinción de deudas sino de no exigibilidad de las mismas<sup>10</sup>.

Pensemos en la hipótesis, por lo demás relativamente frecuente en la práctica forense, de existencia por un lado de un prestatario (deudor no hipotecante), y al mismo tiempo de un hipotecante no deudor (el dueño del inmueble hipotecado), el beneficio del BEPI concedido al deudor no alcanza al hipotecante no deudor, pudiendo los acreedores realizar la hipoteca.

### 4. La clasificación concursal del crédito hipotecario en la parte insatisfecha del mismo tras la realización de la garantía hipotecaria

Se trata de analizar en este momento la clasificación del crédito hipotecario en la parte no satisfecha del mismo tras la realización de la hipoteca. El acreedor hipotecario, como acreedor privilegio especial, tendrá derecho a percibir el importe resultante de la realización del bien en cantidad que no exceda de la deuda originaria. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 213.2).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Vid. MUÑOZ PAREDES, A. Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 11884/2020, p. 5.

El art. 497.1.2º, relativo a la extensión de la exoneración en caso de plan de pagos, aclara que el beneficio de exoneración se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos con privilegio especial.:« Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general». Este precepto, desde el momento que acepta el carácter exonerable del remanente de deuda tras la ejecución hipotecaria está presuponiendo que se trata de un crédito ordinario.

El crédito hipotecario en la parte no satisfecha del mismo, salvo los supuestos en que proceda su clasificación como privilegiado general, así por ejemplo los créditos tributarios y de la seguridad social hasta el 50 % de su importe, o el del acreedor solicitante del concurso, deberá ser clasificado como ordinario, por tanto, sería exonerable si se cumplen los demás requisitos exigibles para su exoneración<sup>11</sup>.

Con carácter general, la jurisprudencia viene calificando como crédito ordinario al remanente de deuda subsistente tras la ejecución del bien hipotecado, y como subordinado el relativo a los intereses devengados hasta la declaración del concurso.<sup>12</sup>

 $^{11}$  Debe tenerse presente aquí la clasificación como privilegiados, con privilegio general de los créditos tributarios y de la seguridad social hasta el 50 % de su importe (art. 280.4°). Igualmente, los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiera declarado el concurso, hasta el 50% de su importe (art. 280.7°)

<sup>12</sup> Por su carácter didáctico, merece su cita el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, de 20 de noviembre de 2011 (CENDOJ Roj: AJM C 79/2011 - ECLI: ES:JMC:2011:79ª): «En este sentido, la recomendación 188 de la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia (2004) establece que cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía, previsión que expresamente proyecta la Guía tanto sobre la liquidación como sobre los casos en que el procedimiento de insolvencia se resuelva mediante un plan de reorganización. Nuestra Ley concursal no contiene, salvo para el caso de liquidación, una previsión expresa en ese sentido y no permite -al menos no expresamente- asignar a cada crédito más que una clasificación, de modo que el crédito del acreedor hipotecario es privilegiado especial en la lista de acreedores aunque las posibilidades de cobro mediante la realización del bien afecto sean pocas o nulas (por ejemplo, acreedores con segunda o tercera hipoteca sobre un inmueble cuyo valor de realización no bastará para cubrir el crédito garantizado con la primera, o titulares de garantías sobre bienes que hayan experimentado una gran depreciación). Ciertamente no es lógico que, en estos casos, la asignación de una clasificación, determinada por la existencia formal de la garantía, permita desconocer la realidad de las cosas y sirva para transformar un crédito con privilegio especial en un crédito con privilegio general, susceptible de ser íntegramente percibido con el producto de la realización de cualquier otro bien de la masa no afecto al pago de otros créditos con privilegio especial ni previamente separado para atender al pago de los créditos contra la masa. El profesor Carrasco Perera -Los Derechos de garantía en la Ley concursal, primera Edic., 2004, pág. 53 y 54-llama la atención acerca del hecho de no haber previsto la LC que el acreedor con privilegio especial es, siempre y por definición, un acreedor

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 02-26 ISSN 2603-7173

Si con la realización de la garantía no se cubre la totalidad del crédito, respecto de ese remanente no satisfecho, operan las reglas generales de clasificación de créditos. La calificación concursal de un crédito no queda alterada porque estuviera garantizada por una hipoteca, tras la realización de la misma este crédito tendrá la calificación que corresponda conforme a las reglas generales.

Al respecto puede citarse la STS de 28 de mayo de 2018: «(FJ II): De tal modo que, si tras la realización de la garantía, no se cubre la totalidad del crédito, respecto de ese remanente no satisfecho operan las reglas generales de clasificación de créditos. De hecho, por ejemplo, no parece ofrecer duda que, al acreedor hipotecario que hubiera instado el concurso, le sería reconocida la parte de crédito no satisfecha en la ejecución de privilegio especial como privilegiada general del art. 91.7 LC [art. 280.7º TRLC], en el porcentaje legalmente previsto (...) "Sin perjuicio de que la parte del crédito hipotecario no satisfecho con lo obtenido por la realización del bien hipotecado, continuará reconocido dentro de la masa pasiva del concurso, con la calificación que corresponda". Es decir, la calificación que corresponda conforme a su naturaleza, no queda alterada porque estuviera garantizado por una hipoteca. Y, en este caso, la naturaleza del crédito

condicional por el déficit entre el valor de realización de su garantía y el importe de su crédito y propone, siguiendo al profesor Beltrán, que la vía adecuada es la de tratar estos créditos como suspensivamente condicionados del artículo 87. 3, con lo que sus titulares quedarán provisionalmente privados de los derechos de adhesión, voto y cobro por el concepto de acreedor ordinario, esto es, por la parte del crédito -inicialmente no determinada- que finalmente quedará sin cubrir con la realización de la garantía (...).  $4^{\circ}$ .- Con lo expuesto ya es posible concluir que la interpretación que ha mantenido el auto impugnado desconoce la función y la naturaleza propia de los privilegios especiales que, como excepción positiva a la regla de la paridad, sólo se justifica por razón de la garantía y en la medida en que, con su realización, sin afectar a otros bienes de la masa activa, pueda quedar su crédito satisfecho. Permitir que, aprobado judicialmente un convenio concursal, una ejecución hipotecaria pueda seguir, conforme al artículo 579 LEC, con el embargo de otros bienes de la masa activa por ser insuficiente el producto de la realización de la garantía, es tanto como conferir al acreedor un crédito con privilegio general para el cobro del déficit -por todos sus componentes además, incluidos los intereses y las costas- que ni le ha sido reconocido ni ningún amparo tiene en los supuestos del artículo 91 de la LC. El tratamiento concursal que el déficit debe recibir, una vez que ha quedado determinado, es, por el contrario, el propio de los créditos ordinarios -en cuanto al principal- y el de los subordinados del artículo 92 3º - en cuanto a los intereses devengados hasta la declaración del concurso, que la garantía no ha cubierto-, para ser pagados uno y otro conforme al convenio, bien entendido que la cuota de pago determinada por las esperas y las quitas del convenio se habrá de calcular sobre el déficit (es decir, sobre la parte del crédito concursal antes contingente y ahora determinado) y no sobre el total del crédito hipotecario inicialmente impagado. El recurso debe ser, por todo ello, estimado con reposición del auto impugnado». Vid. Igualmente PARRA BAUTISTA, J.R. De la "segunda oportunidad" y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física. En: La Ley. Madrid: La Ley, 2014, nº 6911.

tributario litigioso, si no hubiera estado garantizado, sería la de privilegiado general del art. 91.4º LC hasta el 50%»<sup>13</sup>.

Una vez definida la clasificación del crédito hipotecario en la parte no cubierta, su clasificación como ordinario y por tanto exonerable, resta por analizar el cumplimiento de los demás requisitos para la obtención del beneficio de exoneración, en especial la condición de deudor de buena fe, en lo relativo a la clasificación del concurso como fortuito.

# 5. Tramitación procesal de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho en los concursos sin masa activa. Especial referencia al concurso consecutivo

En la práctica procesal se ha comprobado que en muchos casos el concursado no tiene bienes suficientes para la tramitación del concurso. Aparece regulada la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa en los arts. 470 y ss. TRLC (antiguo 176 bis LC). El legislador previene dos regulaciones diferentes según que la acreditación de la insuficiencia de la masa activa tenga lugar ya desde el inicio del procedimiento o tenga lugar en un momento posterior. La conclusión por insuficiencia de la masa activa puede ser simultánea a la declaración del concurso, el llamado concurso exprés (arts. 470 y ss.), o declarado el concurso, cuando quede acreditada esta insuficiencia en un momento posterior (arts. 473 y ss.).

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Puede citarse también la **STS 20 de febrero de 2019**, FJ III: «Además, conforme a esta regulación [arts. 59, 90 y 92.3º LC], los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial, con independencia de su fecha de devengo -anterior o posterior a la declaración del concurso- si están cubiertos por el valor de realización del bien que sirve de garantía. <u>Si el valor de realización no cubre los intereses</u>, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92.3º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía.

<sup>2.-</sup> La constitución de garantías reales para asegurar la efectividad de un derecho de crédito confiere a su titular un refuerzo de su posición, tanto al permitirle, ante su insatisfacción, promover el procedimiento de realización de valor legalmente previsto ( *iusdistrahendi*), como al otorgarle un privilegio -aunque no absoluto, en tanto que existen otros acreedores privilegiadospara el cobro con lo obtenido en dicha realización forzosa ( sentencia 313/2018, de 28 de mayo).

En la sentencia 491/2013, de 23 de julio, advertimos que la realización del bien hipotecado, que garantiza el crédito con privilegio especial (art. 90.1º LC), supondrá el pago de dicho crédito (art. 155.1 LC) y dará lugar a la cancelación de la carga. Crédito que no abarca solo el principal, sino también los intereses devengados y cubiertos por la garantía, como se desprende tanto de los preceptos de la LC citados, como del art. 692 LEC, supletoriamente aplicable por mor de la disposición final quinta LC, que establece que el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al acreedor su crédito, intereses devengados y costas causadas y el resto se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados, sobre el bien hipotecado».

Para el primer caso, conclusión simultánea a la declaración del concurso, se establecen las *especialidades respecto a la persona natural*, en el mismo auto que acuerda la conclusión se designará un administrador que deberá liquidar los bienes. Una vez comunicada la finalización, dentro de los quince días siguientes podrá *solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho* (art. 472 TRLC)<sup>14</sup>.

El legislador previene una regulación más pormenorizada para los supuestos de insuficiencia de la masa activa posterior a la declaración del concurso. Para el supuesto de insuficiencia de la masa activa posterior al auto de declaración del concurso, el TRLC establece una serie de reglas en orden a la determinación del carácter fortuito o culpable del concurso, así como del preceptivo informe de la administración concursal al respecto. Prescribe el art. 473.2 que no podrá dictarse auto de conclusión en el supuesto de insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación. Igualmente, conforme previene el art. 474, la administración concursal en su informe final de la liquidación razonará inexcusablemente que el concurso no será declarado culpable.

El art. 472 del TRLC es prácticamente reproducción del art. 176.bis.4, apartado segundo de la Ley Concursal, precepto calificado de contradictorio, por la incongruencia que supone acordar el archivo del procedimiento y al mismo tiempo nombrar un administrador para liquidar los bienes. La jurisprudencia mayoritaria entendía, en aplicación del art. 176 bis 4º, párrafo segundo, y como **excepción a lo previsto** en el art. 176.bis, 4º (la conclusión del concurso en el propio acto de declaración en los concursos sin masa activa), que en el concurso de la persona física fuese o no consecutivo, el juez no podía declarar el archivo en el mismo auto de declaración sino que tendría que proceder a la designación de un administrador concursal para que procediese a la liquidación del patrimonio, y paralelamente debería tramitarse la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, trámite previo a la declaración de conclusión del concurso. <sup>15</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> **Artículo 472. «Especialidades en caso de concurso de persona natural.** 1. Si el concursado fuera persona natural, el juez, en el mismo auto que acuerde la conclusión, designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden establecido en esta ley para el supuesto de insuficiencia de masa.

<sup>2.</sup> Una vez comunicada al juzgado la finalización de la liquidación, el deudor, dentro de los quince días siguientes, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso, siendo de aplicación la tramitación, los requisitos y los efectos establecidos en esta ley».

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup>Como ha señalado GONZÁLEZ SUAREZ, a propósito del art. 472 del TRLC: «Por un lado, es una incongruencia designar un administrador concursal en el mismo auto que acuerda la conclusión del concurso pues, como señalábamos, precisamente lo que se persigue con la institución de la declaración y conclusión, es evitar los costes de tramitación del procedimiento concursal cuya principal partida está representada por los honorarios de la administración concursal. Por otro lado, subsisten los problemas anteriormente apuntados relativos a la

No obstante, el tenor literal del precepto comentado, respecto de los concursos de las personas naturales en ausencia de ausencia de masa activa, la jurisprudencia mayoritaria había rechazado la posibilidad de concurso y archivo simultáneo en el mismo auto.

Abonaría igualmente esta interpretación lo dispuesto en el art. 490.3 del TRLC, cuando establece que no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente concediendo o denegando el beneficio solicitado<sup>16</sup>.

Es sumamente ilustrativa en este sentido la Sentencia de la AP de Barcelona de 29/6/2018 (ROJ SAP B 6518/2018):

«CUARTO.- De la declaración y conclusión del concurso consecutivo por insuficiencia de masa para atender el pago de los créditos contra la masa (art. 176 bis.4 LC) 9.- En el caso que nos ocupa se acordó la declaración y conclusión en la misma resolución en la que se nombraba administrador concursal para liquidar bienes, de conformidad con el trámite previsto en el art. 176 bis.4.apartado 2 LC, argumentándose por el juez a quo que el deudor carecía de bienes inmuebles,

tramitación de la exoneración del pasivo insatisfecho, en particular, en lo que respecta al traslado de la solicitud de exoneración a los acreedores personados exigido por los artículos 489. 3 y 496 TRLC puesto que si se concluye el procedimiento no se podrá haber personado ningún acreedor. Asimismo, se ha de tener en cuenta que la conclusión del concurso resulta incompatible con algunos aspectos del régimen del concurso consecutivo. En particular, con la tramitación de la impugnación del inventario y la lista de acreedores prevista en el artículo 713 TRLC y absolutamente necesaria para la concesión de la exoneración del pasivo, porque al objeto de poder determinar los créditos que se van a ver afectados por la exoneración, es necesario fijar previamente y con contradicción, la clasificación y cuantificación de los créditos del deudor. De la misma forma, del 719.2 TRLC que exige la calificación del concurso como fortuito, se desprende que la concesión de la exoneración del pasivo precisa de la apertura de la sección de calificación. Por último, la declaración y conclusión del concurso sin masa de persona natural impediría conceder la exoneración del pasivo y aprobar el plan de pagos en la misma resolución en la que se declare la conclusión del concurso de acreedores tal y como establecen los artículos 490 y 496 TRLC», GONZÁLEZ SUAREZ, C. La declaración y conclusión del concurso de persona física a la luz del Texto Refundido de la ley concursal. En: La Ley. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 15089.

Sobre este concreto aspecto ha señalado VELA TORRES que: «...en estos concursos exprés **no se abre la fase de calificación del concurso**, de manera que el deudor no será responsabilizado por la situación de insolvencia o su agravamiento, ni sufrirá las consecuencias del concurso culpable. Queda a salvo, no obstante, el régimen de responsabilidad del órgano de administración, en caso de deudor persona jurídica», VELA TORRES, P.J. Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017, nº 7146/2017, p.11.

<sup>16</sup> En este sentido, GONZÁLEZ SUAREZ, C. La declaración y conclusión del concurso de persona física a la luz del Texto Refundido de la ley concursal. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 15089, pág. 2.

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 02-26 ISSN 2603-7173

percibiendo un salario de poco más de 1.000 euros y que no había acciones de reintegración ni responsabilidad de terceros, por lo que concurría el supuesto de insuficiencia de masa activa. 10.- Ante tal argumentación la ley prevé una regulación contradictoria, puesto que, por un lado, la insuficiencia de masa activa permite el archivo en el mismo auto de declaración de concurso, mecanismo introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con carácter general, pero, al tratarse de persona física, el precepto indica que " el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis. "11.- Este inciso, referente a los concursos de personas físicas, fue introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, pensando en cómo articular en estos supuestos de insuficiencia de masa la tramitación del beneficio de pasivo insatisfecho, que en esa misma normativa se introduce. Decimos que es contradictoria puesto que carece de sentido concursal acordar la declaración y archivo por insuficiencia de masa y, en la misma resolución, nombrar administrador concursal para liquidar bienes de forma simultánea, además de darle trámite a la solicitud de exoneración del art. 178 bis LC donde tanto el administrador concursal como los acreedores personados tienen un papel muy importante, los cuales tienen plazo de audiencia (art. 178 bis 4 LC).

12.- Por ello, debemos entender que la norma introducida en el apartado 2º del art. 176 bis.4 LC no puede ser entendida como un supuesto de archivo exprés por insuficiencia de masa, sino como una excepción al mismo, de forma que si estamos ante un concurso de persona física en el que se pretende obtener el beneficio de pasivo insatisfecho ex art. 178 bis LC, no puede acordarse la declaración y archivo en la misma resolución, sino que se declarará el concurso con nombramiento de administrador concursal quien sólo procederá a liquidar bienes, si los hubiere, y se seguirá la tramitación del concurso a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC»<sup>17</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> En el mismo sentido, el Auto de la AP de Barcelona, sección 15, de 7 de octubre de 2020 (ROJ AAP B 8676/2020): «12.- Por ello, debemos entender que la norma introducida en el apartado 2º del art. 176 bis.4 LC no puede ser entendida como un supuesto de archivo exprés por insuficiencia de masa, sino como una excepción al mismo, de forma que si estamos ante un concurso de persona física en el que se pretende obtener el beneficio de pasivo insatisfecho ex art. 178 bis LC , no puede acordarse la declaración y archivo en la misma resolución, **sino que se declarará el concurso con nombramiento de administrador concursal quien sólo procederá** a

Es práctica generalizada en los concursos de las personas físicas el previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), por los beneficios que conlleva para el deudor, fracasado el intento de acuerdo, la tramitación subsiguiente será la del concurso consecutivo. Pues bien, en este caso el mediador deberá pronunciarse en su informe acerca de si reúne el deudor los requisitos para obtener el BEPI, en especial el carácter fortuito o no del concurso.

Sobre este trámite especifico y si procede en caso de informe favorable del mediador la apertura de la sección de calificación se pronuncia la Sentencia de la AP de Barcelona de 29 de junio de 2018 (ROJ SAP B 6518/2018). Si el mediador concursal afirma que se reúnen los requisitos para la obtención del BEPI, no constando tampoco la petición de apertura de la sección de calificación por los acreedores personados, no podrá el juez calificar el concurso culpable : «(FJ VII) Ya hemos visto que el mediador concursal, al tiempo de solicitar el concurso consecutivo, deberá pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178 bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación (art. 242.2.b) LC). La norma prevé dos opciones alternativas, o se pronuncia sobre la concurrencia de los requisitos del art. 178 bis o interesa la apertura de la pieza de calificación, puesto que uno de los requisitos del art. 178 bis LC para que el deudor tenga la consideración de deudor de buena fe es que el concurso no sea declarado culpable, por lo que si considera que cabe esa posibilidad ya no solicitará la concesión del beneficio de pasivo insatisfecho.

29.- En el caso que nos ocupa, la resolución recurrida deniega la exoneración por entender que el concurso es culpable, lo que supone una clara infracción del art. 178 bis, 242 y 170 LC. Como hemos visto, si en la solicitud de concurso consecutivo presentada por mediador concursal se pronuncia sobre la concurrencia de los requisitos del art. 178 bis, para la exoneración, será porque entiende que la calificación del concurso es fortuita. Solo en el caso contrario, cuando el mediador concursal prevea que el concurso puede ser calificado culpable, solicitará la apertura de la fase de calificación y el juez procederá a su

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 02-26 ISSN 2603-7173

liquidar bienes, si los hubiere, y se seguirá la tramitación del concurso a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC.

<sup>13.- (...)</sup> Por ello, el juez a quo no debió acordar la declaración y conclusión en el mismo auto, sino dar el trámite normal al concurso consecutivo para poder tener una información completa sobre el concursado, lo que le hubiera ahorrado los requerimientos que durante el procedimiento ha llevado a cabo para recabar aquélla".

<sup>3.</sup> Dicho lo anterior se deduce que la insuficiencia de masa activa no es un hecho que impida la declaración de concurso, tal como ya hemos expuesto, sino que permite, de concurrir tras apreciación judicial, que en la misma resolución que se declara la concusión del concurso, pero debe nombrarse administrador al mediador para la tramitación a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC.».

apertura, para tramitarse con la presencia del Ministerio Fiscal, del administrador concursal, deudor y demás interesados, en cuyo caso no podría acordarse el archivo en el mismo auto de conclusión como realiza el juez *a quo*, siendo uno de los presupuestos la inexistencia de acciones de responsabilidad para terceros.

30.- Por ello, si en el auto de declaración y archivo se argumentó que no había responsabilidad de terceros, y si el mediador al solicitar el concurso no solicitó la apertura de la fase de liquidación, no puede el juez concursal al tiempo de resolver sobre la solicitud de exoneración de pasivo analizar si el concurso es o no culpable, cuando nada se ha alegado ni se ha tramitado la fase concursal correspondiente».

Respecto a los concursos de la persona física sin masa activa, la regulación del art. 472 del TRLC, como decimos, no despeja las dudas suscitadas con la regulación anterior (178.bis., 4, apartado segundo). No aclara el legislador como articular en los supuestos de concursos sin masa activa la tramitación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

En la práctica los órganos jurisdiccionales, declarado el concurso, proceden al nombramiento de un administrador concursal a los solos efectos de liquidar bienes, si los hubiere (supuesto ciertamente poco frecuente), debiendo en todo caso darse curso a la solicitud del beneficio de exoneración de pasivo con los trámites de los art. 487 y ss. TRLC.

Lo normal en el concurso de la persona natural es que el deudor haya intentado previamente el acuerdo extrajudicial de pagos, solo así podrá exonerar la totalidad de los créditos ordinarios. Cuando con anterioridad al concurso se hubiere llevado a cabo una *negociación tendente a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos* (AEP) y no se hubiese alcanzado un acuerdo tendrá lugar el concurso consecutivo (art. 695 TRLC). El deudor obtendrá la exención del cien por cien de los créditos ordinarios en caso de obtención del BEPI, cuando previamente haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos.

Pieza clave es el informe del mediador concursal que deberá pronunciarse sobre si procede la obtención del BEPI o alternativamente la apertura de la de la sección de calificación (concurso culpable). Establece el art. 706.3 TRLC: «En la solicitud el mediador concursal deberá pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y, en caso de que proceda, sobre la procedencia de la apertura de la sección de calificación».

Regula igualmente, el art. 719 del TRLC, la calificación del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos: «1. Dentro del plazo para formular observaciones o propuestas de modificación del plan de liquidación, los acreedores, mediante escrito razonado, podrán solicitar la apertura de la sección de calificación. 2. En el caso de deudor persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez, cuando concurran los presupuestos legales, declarará en el

mismo auto de conclusión de concurso la exoneración del pasivo insatisfecho, con los efectos establecidos en esta ley».

La lectura conjunta de estos dos preceptos permite concluir que no habrá apertura de la sección de calificación cuando el mediador se pronuncia favorablemente a la obtención del BEPI y tampoco los acreedores insten la apertura de la misma.

### 6. La solicitud de concurso tras la ejecución hipotecaria de la vivienda

Como hemos visto, y también con las salvedades indicadas, el crédito hipotecario en la parte no satisfecha del mismo con la ejecución hipotecaria vendrá clasificado como ordinario, con lo que es en principio posible su exoneración.

Normalmente este concurso se tramitará como concurso consecutivo, tras haber intentado el deudor el acuerdo extrajudicial de pagos. Como también suele ser usual, el deudor no tendrá más bienes que liquidar que el bien hipotecado subastado, por lo que se intentará para no incurrir en más gastos la tramitación como **concurso exprés** (art. 472 TRLC), aquel en que en el auto que se declara el concurso se acuerda su finalización y nombramiento de administrador concursal con el único objeto de liquidar los bienes del concursado (normalmente el mediador concursal). Ya hemos indicado anteriormente los inconvenientes de esta posibilidad y la postura contraria de la jurisprudencia mayoritaria que insiste en la tramitación del concurso a los efectos de reconocer o denegar el BEPI.

Se trata de una hipótesis relativamente frecuente en la práctica procesal, aquellos supuestos en que, tras la ejecución hipotecaria, no alcanzando el producto obtenido con la subasta del bien para saldar la deuda, sobre el remanente de deuda se insta por el deudor persona natural el concurso y tras la liquidación de sus bienes, usualmente no cuenta el deudor con más bienes que el bien hipotecado, solicita el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Cuando tras el intento del acuerdo extrajudicial se produce el concurso consecutivo el mediador concursal deberá emitir el informe a que se refiere el art. 706, es decir pronunciarse sobre si procede la concesión del BEPI, o alternativamente la apertura de la sección de calificación, por haber indicios de que el concurso será calificado como culpable. Igualmente, los acreedores dentro del plazo para formular alegaciones al plan de liquidación podrán solicitar la apertura de la sección de calificación (art. 719.1). Cuando el concurso viniere calificado como fortuito, o simplemente, a la vista del informe del mediador concursal, no se hubiere abierto la sección de calificación, si el deudor reúne el resto de los presupuestos subjetivos y objetivos, en el auto de conclusión del concurso se declarará la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 719.2).

En una ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, en que tras la subasta de la misma cuando el precio obtenido no alcance a la satisfacción del crédito del acreedor, tratándose de la vivienda habitual, el deudor dispone de una serie de alternativas procesales:

- a) Cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida de sueldos o pensiones (art. 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), será del 150 % del salario mínimo interprofesional (art. 1 del Real Decreto ley 8/2011).
- b) Por otra parte, puede el deudor hipotecario de la vivienda habitual obtener una quita del remanente de deuda del 35 o del 20% de la deuda, siempre que haga efectiva la deuda subsistente en los cinco o diez años siguientes al decreto de aprobación del remate o adjudicación (art. 579.2 LEC).
- c) Finalmente, la vía más expeditiva, la obtención del beneficio de exención del pasivo insatisfecho tras el concurso de acreedores. En el concurso de la persona natural que finalice con la liquidación de todos los bienes del deudor, en la inmensa mayoría de los casos el único bien existente en el patrimonio del deudor es la vivienda habitual, siempre que se trate de deudor de buena fe (concurso fortuito, no condenado por una serie de delitos), y haya satisfecho los créditos privilegiados y contra la masa, el deudor podrá obtener respecto al remante de deuda no saldado con la ejecución hipotecaria el BEPI.

### 7. Conclusiones

Tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual el deudor puede acogerse a los beneficios del BEPI si reúne los requisitos para ello, a saber, que se trate de deudor de buena fe y haya abonado los créditos privilegiados y contra la masa. Cuestión extremadamente compleja para los órganos judiciales de instancia es el trámite procesal que haya de darse a los concursos sin masa de las personas físicas y la comprobación de los requisitos para la obtención de BEPI.

La línea mayoritaria en la jurisprudencia, respecto al concurso de la persona natural, suele excluir la posibilidad de declaración y archivo en el mimo auto, debiendo continuarse la tramitación a los efectos de comprobar si se cumplen o no los requisitos para la obtención del citado beneficio.

### 8. Bibliografía

CABANAS TREJO, R. La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores. En: *La Ley*. Madrid: La Ley, 2012, nº 16299.

GONZÁLEZ SUAREZ, C. La declaración y conclusión del concurso de persona física a la luz del Texto Refundido de la ley concursal. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 15089.

MUÑOZ PAREDES, A. Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020,  $n^{\circ}$  11884/2020.

PARRA BAUTISTA, J.R. De la "segunda oportunidad" y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física. En: *La Ley*. Madrid: La Ley, 2014, nº 6911.

RAFI I ROIG, F.X. La protección de la vivienda habitual del deudor persona natural y del crédito hipotecario en la ejecución singular y en el concurso de acreedores tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. En: *El Derecho*, Sección Tribuna. En Madrid: Lefebvre, 11.05.2015.

VELA TORRES, P.J. Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017, nº 7146/2017.

#### Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

#### Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

## REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA JUSTICIA

Reflections on the current state of the digital transformation of justice

Por Joaquín Delgado Martín

Magistrado Audiencia Nacional. Miembro de la Red Judicial de Expertos en Derecho Europeo (REDUE). Doctor en Derecho joaquindelgadomartin@gmail.com

Artículo recibido: 14/05/21 | Artículo aceptado: 16/06/21

### **RESUMEN**

Este artículo analiza los efectos que tiene la transformación digital en la justicia. Las tecnologías y las pruebas digitales a lo largo del proceso, así como su valoración por los tribunales. Se analiza que beneficios puede tener para la justicia la utilización de la inteligencia artificial.

### **ABSTRACT**

This paper analyzes the impact that digital transformation has on justice. Technologies and digital evidence involved throughout the process, as well as its assessment by the courts. It analyzes the benefits artificial intelligence can have on the judicial process.

#### PALABRAS CLAVE

Transformación digital, Justicia, Prueba digital, Valoración judicial, Asistencia telemática, Inteligencia artificial en Justicia.

#### **KEYWORDS**

Digital transformation, Justice, Digital evidence, Judicial assessment, Telematic assistance, Artificial intelligence in Justice.

Sumario: 1. Estado actual del proceso de transformación digital de la justicia. 2. E-evidence: investigación tecnológica y prueba digital. 2.1. Obstáculos que se encuentra la justicia para valorar las pruebas digitales. 2.2. Valoración de la normativa procesal vigente. 2.2.1. Obtención de evidencias digitales por el poder público. 2.2.2. Obtención de la prueba digital por particulares. 2.2.3. Práctica de la prueba digital. 2.2.4. Valoración judicial de la prueba digital. 2.3. Obtención de evidencias digitales fuera de España. 2.3.1. Dificultades. 2.3.2. Decálogo de recomendaciones. 2.3.3. Valoración de la prueba por los tribunales españoles. 3. Asistencia telemática a actuaciones procesales. 3.1. Delimitación

conceptual. 3.2. Ventajas y debilidades. 4. Brecha digital en el sistema judicial. 5. Inteligencia artificial para la mejora de la justicia. 5.1. Respuesta al incremento de litigiosidad. 5.2. ¿En qué actividades de la justicia puede aplicarse la inteligencia artificial?. 5.3. Límites de la aplicación de la inteligencia artificial en la administración de justicia. 6. Bibliografía.

### 1. Estado actual del proceso de transformación digital de la Justicia

Por transformación digital cabe entender la integración de la tecnología digital en las distintas áreas del sistema judicial, con la finalidad de mejorar la calidad y eficacia en la resolución de conflictos, modificando tanto la organización de la justicia como la forma en que se relaciona con el ciudadano, y gestionando los riesgos generados sobre los derechos de las personas y las garantías procesales.

Pese a que los esfuerzos de los últimos años para aplicar soluciones tecnológicas en la justicia se han intensificado con motivo de la pandemia, es necesario tener presente que nos encontramos en un **proceso**, que ya se ha iniciado pero en el que todavía queda mucho camino por recorrer. Y la duración de este proceso podrá acortarse, permitiendo un avance efectivo, si se tienen en cuenta varios factores críticos que tienen en común el siguiente elemento: **no basta con aplicar tecnología, sino que tiene que ser complementada con otras cuestiones de naturaleza organizativa**, que se concretan en los puntos clave que se exponen a continuación.

En primer lugar, hay que **mejorar el marco de gobernanza** que se está demostrando poco adecuado, mediante la creación de una entidad con personalidad jurídica y presupuesto propios (como pudiera ser un consorcio o similar), encargada de implantar soluciones tecnológicas en el sistema judicial, que coadyuve a la actuación de las Administraciones prestacionales, y que permita utilizar con agilidad los fondos Covid de la Unión Europea.

En segundo lugar, frente a la actual normativa que cabe calificar como escasa y fraccionaria, resulta necesario regular en las leyes procesales la aplicación de las diferentes soluciones tecnológicas en el proceso: tanto las que podríamos denominar "actuales" (expediente judicial electrónico, prueba digital, realización de trámites electrónicos, juicios telemáticos, textualización de grabaciones...) como las "emergentes" en el sistema judicial (inteligencia artificial, tecnología blockchain, sistema integral de resolución online de litigios)

En tercer lugar, la aplicación de las tecnológicas ha de ir acompañada de **reformas de la organización judicial**: implantación efectiva del nuevo sistema de organización del soporte de la función jurisdiccional (la llamada "Nueva Oficina Judicial"); y adaptación de la organización territorial de la justicia a las necesidades del siglo XXI (definición de la planta y demarcación judicial y creación de los tribunales de instancia).

En cuarto lugar, los responsables públicos han de cuidar especialmente la **gestión del cambio**, implicando a los actores desde la misma fase de diseño, durante el proceso de implantación y en la ulterior fase de seguimiento de cada solución tecnológica. Téngase en cuenta que las entidades del sistema judicial, al igual que el resto de organizaciones públicas, tienden a ser menos ágiles que las del sector privado, debido en parte a sus prácticas y procesos establecidos. Asimismo, desde una perspectiva cultural, hay que destacar la tradicional tendencia al inmovilismo que afecta a ciertos ámbitos de personas que prestan sus servicios en el sistema de justicia. Este elemento ha de ser adecuadamente gestionado para el éxito de cualquier solución IA en la justicia; como ha quedado demostrado con diferentes experiencias de implantación del EJE. No hay que olvidar que los desafíos técnicos forman solo parte de la tarea en cuestión, mientras que la gestión del cambio cultural y de los procesos arraigados en la justicia necesitan una especial atención para la adecuada aplicación de soluciones tecnológicas.

Por último, esta transformación digital de la justicia lleva consigo un replanteamiento de la relación con el ciudadano, es decir, determina una nueva forma de entender la relación con el ciudadano: ¿qué necesita y cómo conseguirlo? Se trata de lograr una justicia orientada a las personas, centrada en sus necesidades y dirigida a resolver los problemas que les preocupan; respetando plenamente los derechos fundamentales; y mejorando el efectivo acceso a la justicia en igualdad por parte de todos cuyos derechos son objeto de violación. En este marco, hay que cuidar especialmente la brecha digital, para evitar situaciones que impidan el efectivo acceso a la justicia.

### 2. E-Evidence: investigación tecnológica y prueba digital

### 2.1. Obstáculos que se encuentra la Justicia para valorar las pruebas digitales

El mayor problema se encuentra en el respeto de los derechos de las personas en la obtención de la prueba digital: acceso del empleador al contenido del ordenador entregado al empleado para la realización de su trabajo; acceso de la policía al smartphone utilizado por el investigado; interceptación de las comunicaciones electrónicas en la investigación de delitos; grabaciones de audio y/o video por el empresario o por los agentes policiales... Los derechos fundamentales ligados a la privacidad se encuentran sometidos a grandes riesgos, que han de ser gestionados mediante la garantía de los principios de legalidad, proporcionalidad, especialidad, idoneidad y necesidad. Aquí el papel de los jueces es primordial, para lo cual han de contar con los medios necesarios: marco regulatorio adecuado especialmente en el ámbito de las leyes procesales; disponibilidad de medios técnicos; asesoramiento de expertos en el proceso (peritos informáticos y gabinetes policiales especializados); y formación en estas

materias, tanto en relación con la normativa y jurisprudencia interna, como en materia de cooperación internacional y estudio de la jurisprudencia de los tribunales internacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Otra fuente de obstáculos radica en la fiabilidad de la prueba digital, es decir, la acreditación de su autenticidad e integridad, especialmente cuando la prueba es impugnada por alguna o varias de las partes en el proceso. Son bien recibidos todos los esfuerzos de estandarización y protocolización de actuaciones en el ámbito de la investigación pública; y en las investigaciones privadas están llamados a jugar un papel fundamental los servicios electrónicos de confianza regulados en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE). Este Reglamento ha sido desarrollado en España por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza; destacando especialmente la nueva redacción dada al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

En este ámbito, también hay que analizar la **tecnología blockchain** que se está utilizando para validar que un documento o una información existía en un determinado momento, de tal manera que lo que ha de ser probado en el proceso es el contenido del documento y/o su existencia en una fecha, pero no la propia cadena de bloques. En definitiva, la cadena de bloques constituye una forma de acreditar la autenticidad e integridad de un documento o información en relación con un determinado momento. La fuente de prueba es la cadena de bloques; pero el contenido de lo registrado/validado por la cadena de bloques ha de ser llevado al proceso a través de alguno de los medios probatorios contemplados por la normativa procesal, lo que genera problemas especialmente por la falta de adaptación de las leyes procesales.

Muchos problemas se derivan de que una gran cantidad de los datos relevantes para el proceso se encuentra en poder de proveedores de servicios que se hallan fuera del territorio español, lo que se examina posteriormente en un apartado específico.

Por último, la aplicación del régimen de protección de datos personales en la obtención y práctica de la prueba digital también aporta problemas, dado que la normativa de la justicia española en la materia era anterior a Reglamento 2016/679 UE sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD); y se había transpuesto la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte

de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.

Sin embargo, la situación ha cambiado con la reciente aprobación de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (BOE 27 de mayo): por un lado, transpone la Directiva (UE) 2016/680; y, por otro lado, reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección de datos personales en la Administración de Justicia; pero esta es una cuestión compleja cuyo análisis excede los límites del presente trabajo. En todo caso, este nuevo marco regulatorio ha de ser complementado con una serie de actuaciones destinadas a un cambio de cultura en los órganos judiciales.

### 2.2. Valoración de la normativa procesal vigente

Una valoración global conduce a afirmar que la normativa procesal actual permite que el juez realice de forma adecuada su función de tutela de los derechos de las personas, lo que resulta especialmente relevante en un ámbito en el que la utilización de las tecnologías supone un incremento de los riesgos para los derechos fundamentales, especialmente en materia de privacidad (intimidad, secreto de comunicaciones, protección de datos personales, derecho a la protección del entorno virtual), peligros que resultan mayores cuanto más disruptiva es la tecnología aplicada.

Sin embargo, existen determinados ámbitos en los que el ordenamiento procesal español presenta problemas que han de ser abordados, lo que vamos a analizar en función de las tres grandes fases de la prueba digital: obtención, práctica y valoración.

### 2.2.1. Obtención de evidencias digitales por el poder público

En la fase de obtención de la prueba digital por parte de agentes públicos para la investigación y prueba de los delitos, existe una normativa introducida por una reforma de la ley procesal penal (Ley de Enjuiciamiento Criminal) en 2015 que permite una adecuada protección de los derechos fundamentales y de las garantías del proceso debido. Sin perjuicio de que puedan resultar necesarias determinadas modificaciones puntuales, por ejemplo, en relación con los dispositivos de localización y con los agentes encubiertos virtuales.

Sin embargo, concurre un marco de incertidumbre en relación con el **régimen jurídico de la conservación de datos** por parte las empresas operadoras de comunicaciones, derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo relevante la reciente Sentencia de la Gran Sala de 6 de octubre de 2020 (asuntos La Quadrature du Net y otros, C-511/18, C-512/18 y C-520/18). Efectivamente, el TJUE está cuestionando la validez de la retención general e indiscriminada de los datos de tráfico y localización para la investigación de los delitos, y está señalando en qué condiciones sería admisible dicha conservación en atención a la finalidad perseguida por la misma. Y hablo de marco de incertidumbre porque todavía no conocemos las concretas consecuencias de esta jurisprudencia tanto en relación con la normativa española de conservación de datos (Ley 25/2007), como en relación con los efectos procesales sobre las pruebas obtenidas al amparo de dicho régimen jurídico.

### 2.2.2. Obtención de la prueba digital por particulares

En la obtención de la prueba digital por parte de particulares en las distintas jurisdicciones (especialmente en los procesos civil, laboral y contencioso-administrativo), el Tribunal Constitucional ha operado un giro en la validez de estas pruebas mediante la STC (Pleno) 97/19 de 16 de julio (caso "Falciani"), que considera que la violación de un derecho fundamental en la obtención de la prueba no supone de forma automática la ilicitud (nulidad ex art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) de la prueba, sino que las circunstancias concurrentes han de ser objeto de un juicio de ponderación por el tribunal. Solamente concurrirá nulidad si existe un ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes, es decir, una violación para obtener una ventaja procesal en detrimento de la integridad y equilibrio exigible en el proceso justo y equitativo. Para realizar este juicio de ponderación, el TC considera que hay que tener en cuenta varios parámetros: si la violación del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles; o, en todo caso, si la violación del derecho fundamental es de tal intensidad que afecta al núcleo axiológico primordial de nuestro orden de derechos fundamentales; y si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración.

Desde algunos ámbitos de la doctrina se está criticando esta nueva postura del TC, argumentando que se trata de un juicio de ponderación regido por la arbitrariedad y la discrecionalidad. En todo caso, todos los operadores debemos adaptarnos a este nuevo escenario de interpretación que introduce elementos que han de ser objeto de alegación y prueba por las partes y de valoración por el juez.

### 2.2.3. Práctica de la prueba digital

En la fase de práctica de la prueba digital (práctica de la prueba en el juicio), es necesaria una **normativa procesal más moderna que regule de forma adecuada el régimen jurídico de proposición, admisión y práctica** de la prueba digital, recogiendo las especificidades de las evidencias digitales (forma de

presentación, examen por el tribunal, impugnación...). En este sentido, la única normativa procesal específica (artículos 299, 326 y 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) resulta insuficiente; y ello pese al pequeño avance que ha supuesto la regulación de los efectos probatorios de los documentos electrónicos en los que intervenga un servicio electrónico de confianza, mediante la reciente reforma del artículo 326 LEC (por Ley 6/2020 de 11 de noviembre).

### 2.2.4. Valoración judicial de la prueba digital

En la fase de valoración judicial, resulta necesaria una mayor formación de los jueces en todas las cuestiones relativas a la obtención y práctica de la prueba digital, así como en la forma de abordar las dificultades que plantea su dimensión internacional, especialmente cuando se trata de obtener datos que se encuentran en poder de proveedores de servicios de la sociedad de la comunicación localizados fuera del territorio español. Aunque esta necesidad de una mayor capacitación también es aplicable al resto de operadores jurídicos (fiscales, abogados...)

### 2.3. Obtención de evidencias digitales fuera de España 2.3.1. Dificultades

Muchos problemas se derivan de que una gran cantidad de los datos relevantes para el proceso se encuentra en poder de proveedores de servicios que se hallan fuera del territorio español (Apple, Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp...). En estos casos, la complejidad para el acceso a los datos por parte de los investigadores públicos se incrementa considerablemente. Y se encuentran obstáculos añadidos en aquellos supuestos en los que los proveedores de servicios se encuentran en Estados en los que la cooperación resulta más difícil (China, Rusia, Ucrania...) o incluso en territorios «sin Estado» (donde las estructuras públicas son débiles como consecuencia de un conflicto militar).

En estos supuestos, hay que acudir al convenio internacional (bilateral o multilateral) de cooperación judicial general aplicable, sin que exista ninguno que regule de forma específica la retención y remisión de datos por parte de proveedores que se encuentran localizados en un país distinto del Estado requirente. Todos estos instrumentos internacionales se han demostrado claramente insuficientes para facilitar una respuesta suficientemente rápida; incluido el instrumento más evolucionado en materia de asistencia judicial internacional, como es la Orden Europea de Investigación en la Unión Europea, lo que dificulta enormemente la investigación (dificultades formales, dilación en la respuesta...).

Por ello, las autoridades judiciales están acudiendo con frecuencia al envío de la solicitud a la filial del proveedor localizada en propio país, e incluso la **remisión directa al proveedor de servicios** situado en otro país, lo que en

ocasiones es contestado con éxito. Sin embargo, la elección de esta última vía determina en la práctica el sometimiento a las condiciones de la política de privacidad de la empresa destinataria, de forma contraria a lo que debería ser: el sometimiento a normas de obligado cumplimiento por la empresa.

Así las cosas, existen varias iniciativas internacionales para mejorar la situación: en la Unión Europea, la propuesta de Reglamento sobre Órdenes Europeas de Producción y Preservación de Evidencias Electrónicas en materia criminal (llamado **Reglamento E-Evidence**); y en el seno del Consejo de Europa, los trabajos para la elaboración de un **Segundo Protocolo del Convenio de Budapest** sobre la cibercriminalidad. Estas normas avanzan hacia el reconocimiento de la posibilidad de una solicitud directa de la autoridad judicial al proveedor de servicios, aunque este tenga su sede fuera del país, regulando su obligatoriedad y condiciones; sin que la autoridad remitente deba someterse a las políticas de privacidad de la compañía destinataria.

### 2.3.2. Decálogo de recomendaciones

Teniendo en cuenta las grandes dificultades prácticas de acudir al instrumento de la comisión rogatoria internacional, o incluso a la orden europea de investigación en el ámbito de la UE, seguidamente se recogen una serie de recomendaciones para mejorar la eficacia de la solicitud:

- 1.- Incluir una **descripción precisa de los datos** solicitados. Para los aspectos técnicos de la solicitud, resulta conveniente realizar una consulta previa a la unidad policial especializada.
- 2.- Claridad y sencillez en la **descripción de los hechos**, especialmente para facilitar la traducción. Y asegurar una buena **calidad de la traducción** de su solicitud.
- 3.- Incluir una referencia a los motivos que justifiquen la **necesidad y utilidad** de los datos requeridos para la concreta investigación penal (juicio de pertinencia); así como a la razón para que se practique en este momento (actualidad)
- 4.- Asegurarse de la **gravedad del delito** e incluir en la solicitud información relativa a la misma. Esta gravedad se puede concretar en el perjuicio económico causado por el delito (téngase en cuenta que en EEUU se exige un mínimo de 5.000 dólares por daños y perjuicios); o bien en otros elementos ligadas a las circunstancias de la víctima, a las características del delito y/o a la existencia de una estructura criminal. Cabe señalar que EEUU no suele ejecutar solicitudes en relación con delitos relativos a la libertad de expresión o con delitos de odio.
- 5.- Los requisitos de fundamentación de la solicitud serán más elevados cuanto **mayor sea la afectación de los derechos fundamentales** en los datos solicitados. Por ejemplo, si desea obtener el contenido de un correo electrónico,

generalmente se tendrá que proporcionar más evidencia de la que se tendría que suministrar para obtener una mera información sobre el abonado; en Estados Unidos se exige en estos casos la existencia de «causa probable».

- 6.- Señalar si concurre **urgencia**, resultando aconsejable explicar los motivos que la justifiquen
- 7.- Mantener contacto durante su ejecución, haciendo el correspondiente **seguimiento**, sobre todo para conocer y remover las causas de un posible retraso. Y proporcionar los datos de las **personas de contacto**, tanto para la comunicación oficial como para la informal.
  - 8.- Indicar el **régimen de confidencialidad** deseado.
  - 9.- Solicitar un **acuse de recibo** de su solicitud.
- 10.- Analizar la posibilidad de remitir una solicitud de preservación o «congelación de datos» (antes de la petición de remisión del dato por CRI) para evitar el borrado de los datos que se necesitan. Téngase en cuenta que existen determinados tipos de datos que se eliminan con rapidez por los proveedores (por ejemplo, logs o registros de transmisión, información del suscriptor, contenido del correo electrónico e informaciones de sitios web), lo que deviene especialmente relevante en aquellos Estados que no contienen una obligación legal general de retención de datos para las investigaciones penales (entre los que destacan Estados Unidos y determinados países europeos). Hay que tener en cuenta que, una vez eliminados, los datos generalmente no se pueden recuperar por el proveedor.

### 2.3.3. Valoración de la prueba por los tribunales españoles

Abordamos los **efectos que produce en España la prueba electrónica o digital (datos) obtenida en otro Estado** por alguna de las vías de cooperación judicial internacional. La jurisprudencia admite la validez de la prueba digital obtenida en el extranjero conforme a las normas del país es válida en España, y el incumplimiento de estas normas ha de ser probada por quien lo alega.

Por otra parte, dicha prueba será sometida a la valoración por parte del tribunal de enjuiciamiento español de conformidad con las normas del ordenamiento español. Este tribunal puede valorar también si en el país de ejecución se han mantenido unas garantías sustancialmente similares a las exigidas en España para la restricción de los derechos de los ciudadanos: para ello es «preciso aportar un dato objetivo sugestivo de una posible infracción de derechos fundamentales no tolerable por nuestro ordenamiento» (STS 1099/2005); y debe ser alegado y probado por quien pretenda hacerlo valer.

Por último, es necesario tener en cuenta que, en el ámbito de la UE, es aplicable el criterio general de confianza con fundamento en garantías comunes en el espacio judicial europeo.

### 3. Asistencia telemática a actuaciones procesales

### 3.1. Delimitación conceptual

Con carácter previo, resulta necesario aclarar conceptos en esta materia ya que se están utilizando con cierta confusión. Cuando se habla de asistencia telemática se hace referencia a la intervención de una persona en un acto judicial, sin encontrarse físicamente en la sede del juzgado o tribunal, a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes. Y la asistencia a un acto judicial a través de medios telemáticos presenta diferentes posibilidades.

En primer lugar, nos encontramos con la posibilidad de asistencia telemática de una o varias personas a un juicio o acto judicial celebrado en la sede judicial de forma presencial. Esta primera posibilidad está muy arraigada en el sistema español, especialmente en el proceso penal, en el que se está llevando a cabo desde hace años sin problemas relevantes.

En segundo lugar, cabe la celebración telemática de la totalidad de un juicio o acto judicial, esto es, todos los intervinientes asisten de forma telemática. Se trata de la creación de una «sala de vistas virtual», a la que todos los participantes se conectan de forma remota: el juez/magistrado (uno o varios dependiendo de si el tribunal es unipersonal o colegiado), el letrado de la Administración de Justicia, los miembros del Ministerio Fiscal, los operadores jurídicos y sus clientes y el público en general; constituyendo de esta forma lo que se ha entendido como un «juicio totalmente virtual» Esta segunda posibilidad estaba siendo escasamente usada, pero la situación de pandemia ha impulsado su utilización, especialmente en aquellas actuaciones judiciales en las que no se practican pruebas personales (testifical, pericial), resultando especialmente adecuado en aquellas que se reducen a las alegaciones de las partes (por ejemplo, una audiencia previa en el proceso civil).

Caben dos posibilidades técnicas. Por un lado, se encuentran los llamados sistemas de videoconferencias de calidad, que permiten a los intervinientes conectarse de forma remota con la sede física donde está constituido el tribunal. Y, por otra parte, se hallan las salas virtuales o videoconferencias de baja calidad (Skype, Teams, Zoom, etc.), que simulan una sala física en el mundo virtual; siendo especialmente necesario un moderador que gestione la sala: invitaciones, anulación de sonido, dar uso de palabra, etc.. Todo ello sin perjuicio de otras soluciones tecnológicas que en el futuro puedan aparecer.

# 3.2. Ventajas y debilidades

Hechas estas puntualizaciones, quiero señalar que la utilización de sistemas que permitan la asistencia telemática a actos judiciales de abogados, testigos, peritos, intérpretes, fiscales, víctimas y otras personas puede aportar indudables ventajas tanto en relación con quienes han de asistir al juicio (evitando gravámenes innecesarios ligados al desplazamiento a la sede judicial donde se celebra el acto), como en lo relativo a los **costes para el Estado** (ahorro en relación a gastos de asistencia física de peritos de entidades públicas, o de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado destinados a otro lugar). Y su utilización puede resultar especialmente útil para proteger a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, cuya asistencia al acto judicial de forma presencial puede suponer un perjuicio o bien pueda incrementar la victimización (menores, personas con su capacidad judicialmente modificada o que sufran algún tipo de discapacidad, víctimas de determinados tipos de delitos como la trata de personas con fines de explotación sexual o la violencia de género en la pareja, entre otros). Y en la situación actual ligada a la pandemia por COVID-19 puede resultar relevante para la protección de la salud, mitigando el riesgo de contagio.

Pero también presenta <u>debilidades</u>. En primer lugar, el efectivo respeto de los principios de inmediación, contradicción y publicidad exige contar con equipos (hardware y software) que permitan la transmisión de la imagen y el sonido con suficiente calidad, posibilitando que la comunicación bidireccional y simultánea sea efectiva.

En este orden de cosas cabe destacar que la participación telemática supone un incremento del riesgo de hackeo y de afectación de los datos personales, no solamente por el acceso indebido por terceros (hackers), sino también por grabaciones por parte de asistentes u otros que lo visualicen (peligro de ulterior difusión). Por ello, el responsable y el encargado del tratamiento han de adoptar medidas de minimización del riesgo en una doble dimensión: a) Medidas técnicas de minimización del riesgo (ciberseguridad): me refiero a mecanismos de control de acceso, medidas de segmentación de la red, aplicación que impida la grabación...; corresponde su adopción al Administración competente para la dotación de medios materiales, sin perjuicio de las funciones de la autoridad de control de protección de datos personales; b) Medidas organizativas en relación con el acto concreto: prohibición de grabaciones distintas a la oficial, o de grabaciones por quien asiste al acto en sede judicial; su adopción corresponde al juez que preside el acto.

Y en este campo de las debilidades, hay que tener en cuenta que la asistencia de determinadas personas resulta difícilmente compatible con el respeto a los derechos y garantías procesales, especialmente cuando se trata del **sujeto pasivo del proceso penal** (investigado, inculpado, procesado, acusado...).

Por último, también en el campo normativo encontramos una debilidad, es decir, en el ordenamiento español no existe una regulación que contemple los presupuestos y régimen de la asistencia telemática, sino únicamente un precepto que permite su utilización (el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) lo que está originando numerosos problemas; sin perjuicio de la normativa parcial emanada por la situación de Covid-19.

En todo caso, la asistencia telemática a los actos judiciales, que se ha intensificado tras el Covid-19, ha llegado para quedarse. Y necesitamos una ley que regule su régimen jurídico.

# 4. Brecha digital en el sistema judicial

Tanto en el sector legal (legal tech) como en la justicia (judicial tech) se ha avanzado mucho en los últimos años, lo que se ha **intensificado considerablemente con motivo de la pandemia**. Y los profesionales del Derecho han acelerado también su adaptación

Para profundizar en la contestación de esta pregunta, es necesario tener presente que la **brecha digital se refiere a dos dimensiones**. Por un lado, el acceso a un software, un hardware y un acceso a internet (ancho de banda) adecuados para la realización de la actuación online, aplicable tanto a la realización de trámites escritos (notificación electrónica, presentación telemática de escritos...) como a la asistencia de actos judiciales (asistencia telemática mediante videoconferencia o sistema similar). Y, por otra parte, la tenencia de habilidades suficientes para el uso de los instrumentos tecnológicos.

La primera dimensión no está generando graves problemas porque tanto las Administraciones (para los órganos judiciales) como los profesionales del Derecho (abogados, procuradores y graduados sociales) se han dotado de los medios técnicos necesarios; aunque sería necesario un mayor esfuerzo de las Administraciones públicas para incrementar la calidad de los medios técnicos y mejorar su proceso de implantación. Sin embargo, más problemas está generando la **segunda dimensión**, dado que todavía existen bolsas de falta de habilidad en los jueces y en los profesionales del Derecho.

Téngase en cuenta que la brecha puede afectar tanto a la propia posibilidad de realización del acto (acceso a la justicia) como a las probabilidades de éxito de la pretensión ejercitada (acción) ante los tribunales: en primer lugar, por la falta de realización de un trámite o su práctica defectuosa; y, en segundo lugar, porque puede tener consecuencias negativas sobre la valoración judicial de la asistencia telemática a actos judiciales, ya que puede afectar a la capacidad de la parte de trasladar veracidad y persuasión al juez, así como a la propia capacidad de transmitir emociones y sentimientos.

Esta problemática ha de ser enfrentada mediante políticas públicas destinadas a mejorar las infraestructuras de acceso a internet; y a promover la alfabetización digital de los profesionales del Derecho, entendida como el conjunto de destrezas, conocimientos y actitudes que necesita el profesional para poder desenvolverse funcionalmente dentro de la sociedad de la información y tiene por objetivo el desarrollo de habilidades y conocimiento que les permitan utilizar la tecnología de manera efectiva.

# 5. Inteligencia artificial para la mejora de la justicia

# 5.1. Respuesta al incremento de litigiosidad

La pandemia ha determinado un incremento del número asuntos, que se concentra en sectores como la responsabilidad (contractual o extracontractual) por el contagio, o por la asistencia sanitaria deficiente; reclamaciones por impagos en arrendamientos de viviendas o de locales de negocio; procesos de insolvencia; procesos de despido y de reclamación salarial; procesos por el impago de deudas derivadas de los contratos de financiación (especialmente los garantizados con hipoteca....Como vemos, afecta desproporcionadamente a los sectores de población más vulnerables. Algunos datos del tercer trimestre del año 2020 frente al mismo trimestre del año anterior:

Los procedimientos de ejecución hipotecaria se habían incrementado un 52,7%.

Los concursos un 34,2%; destacan de persona física que se habían incrementado el 63,4%.

Las demandas por despido un 34,3% respecto del mismo trimestre del año anterior.

Las demandas por reclamaciones de cantidad registradas en los juzgados de lo social un 12,8%.

Señalo seguidamente una serie de datos relevantes referidos al conjunto del año 2020:

El número total de concursos presentados ascendió a 13.741, un 14,2 % más que en el año anterior. Los presentados por personas físicas no empresarios aumentaron un 35 %.

Los expedientes de regulación de empleo también se incrementaron después de siete años en descenso y aumentaron un 39,7 por ciento respecto al ejercicio anterior.

El número de ejecuciones hipotecarias iniciadas en 2020 fue de 20.460, un dato que refleja un importante aumento -un 17,5 por ciento más- respecto a las iniciadas en 2019

Las 129.287 demandas por despido presentadas en los Juzgados de lo Social en 2020 supusieron un incremento del 7,7 por ciento respecto a las registradas el año anterior

Los procedimientos monitorios presentados en el cuarto trimestre de 2020 en los Juzgados de Primera Instancia y de Primera Instancia e Instrucción fueron 241.119, lo que supone un incremento interanual del 19,4 por ciento

De esta manera, la pandemia genera nuevas bolsas de asuntos pendientes, que se unen a otras bolsas preocupantes para la Administración de Justicia, como ocurre con las reclamaciones de consumidores relativas a las cláusulas suelo y otras similares:

En 2020 se resolvieron 114.962 asuntos; y al final de año quedaron en tramitación 239.445

Sentencias estimatorias el 97,9 por ciento

Las soluciones de IA aportan elementos de automatización de la tramitación y de ayuda a la decisión del juez que pueden resultar claves para dar una respuesta judicial a estas bolsas de asuntos; y ello resulta especialmente adecuado en supuestos en los que concurran los siguientes elementos:

Litigación en masa, especialmente la ligada al Derecho de consumo

Homogeneidad o gran similitud de las acciones de los demandantes y/o de las contestaciones de los demandados (por ejemplo, la contestación de cada concreta entidad financiera).

Decisión jurisdiccional uniforme

Escasa complejidad

Presencia de prueba documental

Estos elementos concurren, por ejemplo, en las demandas de cláusulas suelo, pero también pueden darse en otros supuestos en las distintas jurisdicciones: reclamaciones aéreas o las acciones en materia laboral.

Por otra parte, la mediación y otros medios alternativos de resolución de conflictos resultan claves para reducir el número de demandas que llegan a los tribunales. Pues bien, aquí también tienen mucho que decir la tecnología, desarrollando aplicativos de **e-mediación** en los que la inteligencia artificial aporta elementos muy potentes.

# 5.2. ¿En qué actividades de la justicia puede aplicarse la inteligencia artificial?

Las soluciones IA pueden aplicarse a muchas actividades de la Administración de Justicia en las que existe un alto de grado de repetición/automatización; y determinan una reducción considerable del tiempo de la respuesta judicial, así como un ahorro de medios personales/materiales.

La aplicación de estas soluciones puede afectar a tres ámbitos básicos:

En primer lugar, para la **mejora del acceso a la justicia por parte de ciudadanos y empresa**s; sobre todo mediante elementos de asesoramiento y resolución alternativa de conflictos; sin perjuicio de facilitar el acceso a información online y la realización de trámites electrónicos ante la justicia

En segundo lugar, para la **mejora de la propia tramitación del procedimiento**, profundizando en la automatización de los trámites

En tercer lugar, para la **mejora de la actividad jurisdiccional del juez**, de tal manera que ahorra tiempo en las partes más mecánicas de la resolución y las dedica a las partes más complejas y/o a la resolución de otros asuntos. Dentro de esta categoría cabe distinguir, a su vez, varias posibilidades:

Asistencia al juez durante el proceso de decisión, proporcionando una inferencia o el diagnóstico de una situación, para que un ser humano tome la decisión final; son especialmente útiles las soluciones ligadas a la detección y clasificación de la información en el seno del proceso, sobre todo en procedimientos de mayor complejidad.

Asistencia al juez en la propia toma de la decisión: tanto en la estimación/desestimación de la pretensión; como en su motivación de la decisión (razones fácticas y jurídicas que la fundamentan); presentando propuesta o propuestas de decisión.

Por último, cabría una <u>decisión automatizada</u> (<u>sin intervención humana y sustituyendo al juez</u>).... Esta posibilidad resulta difícil de aceptar en muchas supuestos, y genera un grave problema de control humano que en todo caso habría que afrontar con seriedad

Evaluación del riesgo para fundamentar la adopción de una decisión jurisdiccional: peligro de reiteración delictiva; valoración del periculum in mora en la adopción de una medida cautelar, en cualquier jurisdicción (con peligro de impago, riesgo de insolvencia, peligro de evasión patrimonial, decisión sobre la prestación de caución por el solicitante...); medidas de protección de la víctima en el proceso penal....

# 5.3. Límites de la aplicación de la Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia

La Comisión Europea defiende que se logre una «IA fiable», por lo cual son necesarios tanto el respeto a los valores europeos, como el cumplimiento de tres requisitos: 1) debe ser conforme a la ley, 2) debe respetar los principios éticos y 3) debe ser sólida.

El sistema judicial, como sector, presenta una serie de características que determinan con carácter general un riesgo elevado de que la aplicación de las soluciones IA atenten contra los derechos de las personas, muchos de ellos protegidos como derechos fundamentales.

El tratamiento de la información en el proceso presenta unas notas singulares ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE), pero también a la libertad de información (artículo 20.3 CE) y a la publicidad de actuaciones (artículo 120.3

CE); o incluso puede llegar a afectar a principios básicos del Estado de Derecho como la independencia judicial.

Por otra parte, en el proceso se utilizan una gran cantidad de datos personales, muchos de ellos pertenecientes a alguna categoría especial: una gran cantidad de datos son sensibles por su propia naturaleza (por ejemplo, sufrir una determinada enfermedad) y/o por la situación de vulnerabilidad de la persona titular, quien puede sufrir un mayor daño derivado de la difusión de los datos personales (menores de edad, víctimas de delitos, personas con discapacidad, inmigrantes...).

Y, por último, la aplicación de IA para el tratamiento de información del proceso puede dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo (considerando 75 del RGPD).

Y este riesgo es potencialmente más grave en el proceso penal, dada la presencia de derechos fundamentales tan relevantes como la presunción de inocencia, los derechos fundamentales a la libertad y la seguridad de la persona, así como el derecho a un juicio justo y a un recurso efectivo. Recuérdese que, desde la perspectiva de la protección de datos personales, los procesos

Por ello, resulta necesario garantizar un marco de gobernanza adecuado para la aplicación de la IA en la Justicia, que ha de estar compuesto de dos elementos esenciales: en primer lugar, una normativa adecuada que dote de un entorno de seguridad jurídica a los desarrollo de IA y que garantice el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales; y, en segundo lugar, un contexto institucional que permita ir abordando de forma adecuada los distintos problemas técnicos y/o jurídicos que vayan surgiendo en el proceso de implantación de las diferentes soluciones de inteligencia artificial en la justicia.

En este contexto, y atendiendo a la normativa vigente, están llamados a jugar un papel esencial tanto el Comité Técnico de Administración Judicial Electrónica, como el Consejo General del Poder Judicial en su condición de autoridad de control de los datos personales obrantes en ficheros jurisdiccionales. Cabe destacar las novedades en esta última materia que se contienen Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (BOE 27 de mayo), que reforma en este punto la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

# Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

# EL PROCESO DE EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN. REFERENCIA A LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN. LA INTERVENCIÓN DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

The process of issuing the european detention order. Reference to the european order of investigation. The intervention of the Judicial Administration Counselor

Por María de la Luz Lozano Gago

Magistrada

Letrada de la Administración de Justicia (excedente) Socia de la Fundación Internacional de Ciencias Penales Master en Derechos Fundamentales por la UNED marateneapalas@yahoo.es

Artículo recibido: 07/05/21 | Artículo aceptado: 15/06/21

## **RESUMEN**

Análisis sobre las cuestiones más relevantes sobre el proceso de emisión de la orden europea de detención, con referencia a la regulación procesal de la orden europea de investigación, y estudiando especialmente la intervención del Letrado de la Administración de Justicia y lo deseable del aumento de su participación en tales instrumentos fundamentales de cooperación procesal penal europea.

## **ABSTRACT**

This paper will analyze the most relevant questions about the process of issuing the European arrest warrant, with reference to the procedural regulation of the European investigation order, and especially studying the intervention of the Judicial Administration Counselor and the It is desirable to increase their participation in such fundamental instruments of European criminal procedural cooperation.

## PALABRAS CLAVE

Detención, proceso, penal, delitos, Letrados judiciales, Derecho Internacional, Tribunal, información, protección, participación.

## **KEYWORDS**

Detention, process, criminal, crimes, Judicial Administration Counselors, International Law, Court, information, protection, participation.

Sumario: 1. La regulación de una orden de detención europea y de una orden de investigación europea. 1.1. Jurisprudencia del TJUE sobre la orden de detención europea. 1.2. Referencia a la orden europea de investigación. 2. El Letrado de la Administración de Justicia. 2.1. La RECILAJ. 2.2. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso de emisión de la orden europea de detención y entrega. 3. Bibliografía.

# 1. La regulación de una orden de detención europea y de una orden de investigación europea

El artículo 1.1 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 señala que "la orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad", pudiendo ser dicha orden activa, cuando es emitida por una autoridad judicial de un Estado de la Unión Europea a la autoridad competente de otro al que se dirige, o pasiva, cuando es la autoridad judicial de un Estado miembro la que la recepciona para su ejecución. La euro-orden es emitida únicamente o para el fin del ejercicio de acciones penales, siempre y cuando los hechos de cuya persecución se trate estén penados con pena o medida de seguridad no inferior a doce meses, o para proceder al cumplimiento de una condena, la cual no ha de ser inferior a los cuatro meses de privación de libertad. En suma, se precisa que exista un proceso penal ya iniciado, pues de lo contrario no puede cursarse euro orden alguna, siendo como es el proceso condición previa imprescindible para el ejercicio de la jurisdicción, garantía institucionalizada de la igualdad de todos ante la ley. Descansa el sistema de la orden europea de detención en el principio de la confianza mutua, que parte a su vez de la premisa según la cual todos los sistemas judiciales y jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea son homologables en cuanto a garantías de derechos fundamentales y justicia, de modo que se trata de un instrumento de "lucha contra la impunidad a través del traslado de individuos de un Estado a otro para que sean juzgados o que cumplan la pena en este otro Estado y que el traspaso de fronteras no constituya un obstáculo en esta lucha contra el crimen; en este punto, nada dista del tradicional instrumento que constituye la extradición" 1 -si bien, a diferencia de la extradición, la orden europea de detención es un instrumento de cooperación penal europea fuertemente judicializado. En España el emisor es el juez

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, B. Dificultades de la Euroorden ante su puesta en práctica por los Tribunales nacionales de la UE. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio Justicia, 2007, tomo 60, fasc 1, p. 322.

instructor, o el que conoce del juicio oral o ejecuta la sentencia firme, según los casos, y el receptor será el Juzgado Central de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional<sup>2</sup>.

La detención de la persona reclamada se regula en el art. 12 de la Decisión Marco: "cuando se detenga a una persona sobre la base de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá de conformidad con el derecho interno del estado miembro de ejecución, siempre que la autoridad competente de dicho estado miembro tome todas las medidas que considere necesarias para evitar la fuga de la persona buscada".

La regulación de la Orden Europea de Detención viene contenida en las siguientes fuentes:

- 1. Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 de junio de 2002
- 2. Declaraciones de los Estados miembros acerca de la anterior decisión marco, publicadas a su vez en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18.07.2002
- 3. Arts. 34-62 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio, trasponiendo esta última la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

La orden europea de investigación, por su parte, se halla regulada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, que recoge en su anexo XIII el formulario, preceptivo, de la euro orden de investigación, regulada en su Título X. A efectos prácticos, la euro orden de investigación puede servir para dar con una persona a la que luego se puede pretender detener en virtud de una euro orden, por lo que ambos instrumentos de cooperación penal europea se complementan, indudablemente.

# 1.1. Jurisprudencia del TJUE sobre la orden de detención europea.

-Sobre el principio de doble incriminación, que es requerido fuera del listado cerrado de 32 delitos en que se excepciona, el Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-289/15 Grundza, señaló que:

"38. (...) incumbe a la autoridad competente del Estado de ejecución, a la hora de apreciar la doble tipificación, comprobar si los hechos que dan lugar a la infracción, tal como fueron plasmados en la sentencia dictada por la autoridad competente del Estado de emisión, también estarían sujetos, en cuanto tales, a

•

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Vid art. 2 de la LOEDE.

una sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio (...) 49 (...) a la hora de apreciar dicha doble tipificación, lo que la autoridad competente del Estado de ejecución debe comprobar no es si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión, sino que debe tratar de determinar si, en el supuesto de que la infracción en cuestión se hubiera cometido en el territorio del Estado miembro al que pertenece aquella autoridad, se habría considerado que un interés semejante, protegido por el Derecho nacional de ese Estado, ha resultado lesionado"

-Sobre el principio de confianza mutua, a destacar la Sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2016:

"La Decisión Marco, según resulta en particular de su artículo 1, apartados 1 y 2, y de sus considerandos 5 y 7, tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral fundamentado en el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias penales, basado en el principio de reconocimiento mutuo (...)

Así pues, la Decisión Marco pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros".

En relación al principio acusatorio, dado que la euro orden no puede emitirse de oficio por el juez, sino que debe preceder solicitud al respecto o bien del Ministerio Fiscal o de alguna acusación personada³, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 27 de mayo de 2019⁴ en los siguientes términos:

"67. El sistema de la orden de detención europea entraña, de ese modo, una protección a dos niveles de los derechos procesales y de los derechos fundamentales de los que debe disfrutar la persona buscada, puesto que a la tutela judicial prevista, en el primer nivel, a la hora de adoptar una resolución judicial nacional, como una orden de detención nacional, se añade la tutela que debe conferirse, en un segundo nivel, al emitir una orden de detención europea, la cual puede dictarse, en su caso, en un breve plazo tras la adopción de la

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Así, el artículo 39.3 de la Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas ex art. 267 del TFUE por el Tribunal Supremo de Irlanda y por el Tribunal Superior de dicho país.

mencionada resolución judicial nacional (sentencia de 1 de junio de 2016, Bob-Dogi, C-241/15, EU:C:2016:385, apartado 56)

- 68. Tratándose de una medida que, como la emisión de una orden de detención europea, puede afectar al derecho de libertad de la persona en cuestión, consagrado en el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esa protección exige que se adopte una resolución conforme con las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, cuando menos en uno de los dos niveles de dicha protección.
- 69. De ello se sigue que, cuando el Derecho del Estado miembro emisor atribuye la competencia para emitir órdenes de detención europea a una autoridad que, si bien participa en la administración de justicia de ese Estado miembro, no es un juez o un tribunal, la resolución judicial nacional, como una orden de detención nacional, en la que se fundamenta la orden de detención europea debe satisfacer, por su parte, tales exigencias.
- 73. Así pues, la "autoridad judicial emisora", en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, debe estar en condiciones de ejercer esa función con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la orden de detención europea corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder (véase, en ese sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, apartado 42)".

Finalmente, el Tribunal de Justicia Europeo concluye que el Fiscal instructor emisor no está dotado de las garantías de independencia como para emitir una orden europea de detención, opinión que comparto, y en todo caso siendo las cosas así, y dado que el Fiscal español está rotundamente sujeto a los principios de unidad y dependencia jerárquica, no debería ser necesario previo informe ni petición del mismo para el dictado de una orden europea de detención, que se puede ver lastrada en su necesaria agilidad por tal requisito, a todas luces innecesario e improcedente. El fiscal español, como su homólogo alemán, por ejemplo, carece de independencia por completo, y tiene todo lo más una "autonomía funcional" noción de contenido notablemente inferior a la de independencia.

En cuanto a la obligación de ejecución de una euro orden, es relevante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el caso Melloni (C-399/11, de 26 de febrero de 2013), que señala que en virtud del art. 1.2 de la Decisión Marco sobre la euro orden, los Estados miembros están obligados a ejecutar una euro orden, pudiendo negarse únicamente en los supuestos contemplados expresamente en la propia Decisión Marco. Así, la STJUE de 11 de enero de 2017, resalta que: "46. Cuanto antecede resulta que el requisito de la

doble tipificación constituye una excepción a la regla del reconocimiento de la sentencia y de la ejecución de la condena. Por lo tanto, los supuestos de aplicación del motivo de denegación del reconocimiento de la sentencia y de la ejecución de la condena basado en la ausencia de doble tipificación, con arreglo al artículo 9, apartado 1, letra d), de la Decisión Marco 2008/909, deben ser objeto de una interpretación estricta, con el fin de limitar los casos en que no procederá el reconocimiento ni la ejecución.

47. Así pues, el objetivo de la apreciación de la doble tipificación por parte de la autoridad competente del Estado de ejecución, a la que hace referencia el artículo 7, apartado 3, de esta Decisión Marco, es el de comprobar si los hechos que dan lugar a la infracción, tal como fueron plasmados en la sentencia dictada por la autoridad competente del Estado de emisión, también estarían sujetos, en cuanto tales, a una sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio".

Por ende, en la tramitación de la euro orden la doble incriminación debe ponderarse de modo flexible, y ello por responder, como se ha reiterado, al principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE.

# 1.2. Referencia a la orden europea de investigación.

Como se ha destacado "ut supra", la orden europea de investigación complementa la de detención cuando, por ejemplo, es emitida con carácter previo a fin de dar con el paradero del investigado y tomarle declaración. Así, el artículo 38 de la Ley 23/14 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, establece que "con carácter previo a la emisión de una orden europea de detención y entrega, el Juez competente podrá solicitar autorización al Estado en el que se encuentre la persona reclamada con el fin de tomarle declaración a través de una solicitud de auxilio judicial al amparo del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000".

En concreto, respecto de la orden europea de investigación a que nos referimos, se han alzado críticas por cuanto no se da en ella intervención alguna a los Letrados de la Administración de Justicia, en momento alguno de su tramitación, con la sola excepción del art. 208 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, a cuyo tenor cabe tanto Auto del Juez o Magistrado como Decreto del Letrado de la Administración de Justicia según la respectiva titularidad competencial, cuando se trate de ejecutar en España una orden europea de investigación. Lo cierto es que con esta omisión se pierde un potencial extraordinario que sin duda reside en los letrados judiciales en tanto que autoridades judiciales independientes y que se ha demostrado en la gestión de otros instrumentos de cooperación jurídica internacional. Así, si Eurojust cumple

un importante papel a otros efectos, la misma relevancia ha de aplicarse a la participación, también en la orden europea de investigación, de la RECILAJ, o Red de Cooperación Internacional de los Letrados de la Administración de Justicia.

El magistrado de la Audiencia Nacional, José de la Mata, focalizó su análisis desde una perspectiva activa como autoridad judicial emisora de este instrumento insistiendo en la necesidad que la Directiva y la Ley repiten constantemente de realizar consultas y conversar con la autoridad de ejecución para poder obtener el mejor resultado y asegurar la comprensión de lo que se solicita por quien es el encargado de obtenerlo en el otro país; en este punto destacó la utilidad de Eurojust para facilitar el dialogo y la coordinación. Recalcó las dificultades para concretar en la orden los motivos y razonamientos que justifican una intromisión en un derecho fundamental y consideró imprescindible que se remitan las decisiones judiciales que acuerdan estas medidas para que puedan ser conocidas y valoradas por la autoridad de ejecución. También realizó comentarios sobre algunos aspectos de la regulación de la ejecución de las OEI europeas en España y criticó la falta de coherencia del nuevo sistema competencial en el que la combinación entre las competencias de la Fiscalía y de los Juzgados no termina de ordenar un sistema efectivo en el que si lo que se pretendía por el legislador es dar mayores competencias al fiscal debería haber dado el paso definitivo de hacerlo el único responsable ante la autoridad extranjera, aun con la obligación de solicitar las autorizaciones judiciales correspondientes cuando la naturaleza de la diligencia a practicar lo requiera. Puso también de manifiesto el olvido del legislador del papel de los letrados de la Administración de Justicia en la emisión y ejecución de este instrumento y las dificultades de manejo en algunas competencias concretas de la Audiencia Nacional, como las notificaciones a las que se refiere el artículo 222 de la Ley de Reconocimiento Mutuo<sup>5</sup>.

En concreto, De la Mata expresó que la cooperación jurídica internacional no funciona sin diálogo y apostó por mejorar la capacitación de jueces, fiscales y personal de apoyo, y consideró un "craso error", que la ley que contempla la OEI haya omitido la referencia a los letrados de la Administración de Justicia, "estas autoridades judiciales tienen importantísimas competencias y un potencial

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> La UIMP analiza la Orden Europea de Investigación - El Derecho - Penal, Sector jurídico

extraordinario en la gestión de todos los instrumentos de cooperación jurídica internacional"<sup>6</sup>.

## 2. El Letrado de la Administración de Justicia

El Letrado de la Administración de Justicia forma parte integrante de los Juzgados y Tribunales a quienes se atribuye la potestad jurisdiccional en el artículo 117.3 de la Constitución (la sentencia del Tribunal Supremo de 28/01/2014 FJ 7º primer parágrafo, señala que: "el secretario judicial -ahora Letrado de la Administración de Justicia- forma parte del órgano jurisdiccional" -sic.). La potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero para juzgar rectamente es necesario, como paso previo, dotar de seguridad jurídica y ordenar adecuadamente los actos procesales que conforman el juicio debido a que todos tienen derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución, para que no se produzca la indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la misma.

Efectivamente, la potestad jurisdiccional se compone de las facultades de decisión, documentación, ordenación y ejecución. De ellas la decisoria ("ius dicere") se atribuye a los jueces y magistrados (art. 117.1 Constitución) y la documentadora (fe pública judicial) a los Letrados de la Administración de Justicia (art. 454 LOPJ), siendo las otras dos funciones (ordenación y ejecución) compartidas.

# 2.1. La RECILAJ

La Red de Cooperación Internacional de Letrados de la Administración de Justicia es un espacio de libertad, seguridad y justicia para todos los ciudadanos de la Unión Europea. Se trata de una Red de cooperación jurídica internacional, constituida por Letrados de la Administración de Justicia, expertos en cooperación internacional, con funciones de:

- Agilización del auxilio judicial internacional.
- Asesoramiento activo, con respeto siempre a la independencia procesal de los letrados de la Administración de Justicia, en la respuesta a sus consultas, y ello sin perjuicio de la asistencia a su vez a todas las profesiones que actúan en la Justicia: Jueces, Cuerpos de Funcionarios, Abogados, Procuradores, Graduados Sociales, etc.
- Asimismo, la RECILAJ coopera con la Red Judicial Europea y otras redes internacionales.

En el ámbito, por consiguiente, de la cooperación jurídica internacional, la Red de Letrados de la Administración de Justicia tiene un papel activo y

icia y se quedó a medias", en Confilegal, 22/08/2018 Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 44-59

51

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> "El magistrado De la Mata cree que el modelo español que regula la OEI le falta coherencia y se quedó a medias", en Confilegal, 22/08/2018

proactivo de capital importancia, por lo que debería contemplarse la intervención de tales profesionales en la emisión y agilización procesal de las órdenes europeas de investigación, que como se ha resaltado, pueden ser instrumento previo y preciso antes de la emisión de una orden europea de detención.

En definitiva, el Ministerio de Justicia creó la anterior Resej, o Red De Secretarios Judiciales en cooperación jurídica internacional, ahora denominada RECILAJ, con la finalidad de servir a todos los ciudadanos de la Unión Europea, teniendo como finalidad la mejora y facilitación de la cooperación jurídica internacional mediante la asistencia activa a los letrados de la administración de justicia en el marco de sus funciones legales, para así lograr una mayor eficiencia y rapidez en la cooperación jurídica internacional. Se trata de una estructura que abarca todo el país y pueden llegar a actuar como intermediarios activos en este ámbito, sin desplazar la responsabilidad individual a su vez de cada letrado judicial. Sus miembros son nombrados por cinco años tras un proceso de selección basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Todos los miembros han recibido una formación intensiva sobre cooperación jurídica internacional.

Como indica GIMENO RUIZ<sup>7</sup>, "El Boletín Oficial del Estado de 8 de agosto de 1985 publicaba la Ley Orgánica 10/1985, que acordaba la adhesión de España a la entonces Comunidad Económica Europea. Una adhesión que, desde el punto de vista jurídico, suponía la recepción del acervo comunitario, pasando a formar parte el Derecho de la Unión Europea de nuestro Ordenamiento Interno.

Normas que inciden en las competencias del Letrado de la Administración de Justicia (...) En el año 2010 se creó, mediante Instrucción 6/2010 del Secretario General de la Administración de Justicia la Red Española de Secretarios Judiciales en Cooperación Jurídica Internacional (RESEJ), actualmente denominada Red Española de Cooperación Jurídica Internacional de Letrados de la Administración de Justicia (RECILAJ). Conforme al artículo 1 de la citada Instrucción tiene por objeto el apoyo en la resolución de consultas y cuestiones en materia de cooperación jurídica internacional que sean competencia de los Letrados de la Administración de Justicia y las oficinas judiciales en general.

Todo ello pone de manifiesto la relevancia de las funciones desarrolladas por el Letrado de la Administración de Justicia como director de la Oficina Judicial en aquellos supuestos que den lugar a situaciones jurídicas internacionales"

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 44-59 ISSN 2603-7173

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> GIMENO RUIZ, A.: "Un letrado de justicia cada vez más internacional". En: Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia. [consulta 23 abril 2021]. Disponible en: https://letradosdejusticia.es/un-letrado-de-justicia-cada-vez-mas-internacional/

# 2.2. El papel del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso de emisión de la orden europea de detención y entrega

Se regula su intervención en cuestiones tan relevantes como la posibilidad de que el reclamado se halle privado de libertad, en cuyo caso, en el momento de la entrega, el Letrado de la Administración de Justicia pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión el período de privación de libertad que haya sufrido la persona a que se refiera la orden europea de detención y entrega, a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se imponga, así como si el detenido renunció o no al principio de especialidad. Efectivamente, de acuerdo con el artículo 58 de la ley 23/2014 de 20 de noviembre sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en relación a la entrega de la persona reclamada:

- "1. La entrega de la persona reclamada se hará efectiva por agente de la autoridad española, previa notificación a la autoridad designada al efecto por la autoridad judicial de emisión del lugar y fechas fijados, siempre dentro de los diez días siguientes a la decisión judicial de entrega.
- **2.** Si por causas ajenas al control de alguno de los Estados de emisión o de ejecución no pudiera verificarse en este plazo, las autoridades judiciales implicadas se pondrán en contacto inmediatamente para fijar una nueva fecha, dentro de un nuevo plazo de diez días desde la fecha inicialmente fijada.
- **3.** Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá suspender provisionalmente la entrega por motivos humanitarios graves, pero ésta deberá realizarse en cuanto dichos motivos dejen de existir. La entrega se verificará en los diez días siguientes a la nueva fecha que se acuerde cuando dichos motivos dejen de existir.
- 4. En caso de que hubiere de ser suspendida o aplazada la entrega de la persona reclamada por tener algún proceso penal pendiente en España y estuviese privado de libertad, deberá garantizarse que la autoridad judicial española que conoce del procedimiento de la orden europea de detención y entrega recibe la información sobre la futura puesta en libertad del reclamado para que adopte inmediatamente la decisión que corresponda sobre su situación personal a efectos de su entrega a la autoridad de ejecución.
- Si la persona reclamada estuviera cumpliendo condena, el centro penitenciario deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial española que conozca del procedimiento de la orden europea de detención y entrega la fecha efectiva de cumplimiento con, al menos, quince días de antelación, para que éste pueda adoptar la decisión que corresponda sobre su situación personal.

En el caso de que la persona reclamada se encuentre en prisión provisional en una causa abierta en España, el Tribunal que conozca de ese procedimiento deberá poner inmediatamente al reclamado a disposición de la autoridad judicial española que conozca del procedimiento de orden europea de detención y

entrega, comunicando con antelación suficiente su decisión de acordar la libertad en su procedimiento, para que se adopte en el plazo de setenta y dos horas la decisión sobre su situación personal para garantizar la ejecución de la entrega.

- 5. Transcurridos los plazos máximos para la entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada o la aplicación de las medidas que procedan con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal si tuviere alguna causa pendiente en España, sin que ello sea fundamento para la denegación de la ejecución de una posterior orden europea de detención y entrega basada en los mismos hechos.
- **6.** En todo caso, en el momento de la entrega el Secretario judicial pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión el período de privación de libertad que haya sufrido la persona a que se refiera la orden europea de detención y entrega, a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se imponga, así como si el detenido renunció o no al principio de especialidad".

Asimismo, en el artículo 52 de la ley 23/14 de 20 de noviembre sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, se señala que en relación con la decisión sobre el traslado temporal o toma de declaración de la persona reclamada se recoge que: "

- 1. Cuando la orden europea de detención y entrega emitida tenga por finalidad el ejercicio de acciones penales, si la autoridad judicial de emisión lo solicita, el Juez Central de Instrucción acordará, oído el Ministerio Fiscal por plazo de tres días, que se tome declaración a la persona reclamada o que se la traslade temporalmente al Estado de emisión.
- 2. La toma de declaración de la persona reclamada se llevará a cabo por la autoridad judicial de emisión que se traslade a España, con la asistencia en su caso de la persona que designe de conformidad con el Derecho del Estado de emisión, debiendo designarse intérprete a fin de que se traduzcan al español los aspectos esenciales de la diligencia. Deberá practicarse en presencia de la autoridad judicial española, que velará porque la misma se practique según lo previsto por la ley española y en las condiciones pactadas entre ambas autoridades judiciales, que podrán incluir el respeto a los requisitos y formalidades exigidos por la legislación del Estado de emisión siempre y cuando no sean contrarios a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, se respetará el derecho a la asistencia letrada del detenido, su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como a ser asistido de un intérprete.

En esta diligencia se contará también con presencia del Secretario judicial, que dejará constancia del cumplimiento de las condiciones previstas en este

artículo y las pactadas entre las autoridades judiciales que conocen del procedimiento.

**3.** En caso de haberse acordado el traslado temporal de la persona detenida, se llevará a cabo en las condiciones y con la duración que se acuerde con la autoridad judicial de emisión. En todo caso, la persona reclamada deberá volver a España para asistir a las vistas que le conciernan en el marco del procedimiento de entrega".

No se comprende la escueta intervención que da el legislador al Letrado de la Administración de Justicia en el proceso de la euroorden, y menos aún su práctica ausencia en el procedimiento de regulación de la orden europea de investigación, máxime cuando en el aspecto informativo de derechos procesales y en la tutela de derechos fundamentales el Letrado de la Administración de Justicia, en el proceso en general, cobra un especial relieve. En las actuaciones procesales que inciden en derechos procesales y derechos fundamentales el Letrado de la Administración de Justicia interviene en tanto que depositario de la fe pública judicial – que ostenta en exclusividad- y a la postre, en definitiva, y como corolario de lo anterior, en tanto que garantizador de los derechos de los propios ciudadanos, destinatarios del servicio público de justicia. No cabe soslayar tampoco las competencias que en materia de información a las víctimas han sido conferidas al Letrado de Justicia en el marco de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Asimismo, compete igualmente al Letrado de la Administración de Justicia las informaciones de derechos de las personas que intervienen en el proceso penal, de conformidad con la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, con carácter general. Igualmente, no cabe ignorar la importante participación del Letrado Judicial en la ejecución procesal penal, que reclama un procedimiento expeditivo y tuitivo uniforme.

En el contexto del Derecho Internacional, más concretamente en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, el Letrado de la Administración de Justicia ha sido reconocido como Autoridad Judicial, más concretamente:

"A los efectos del presente Convenio, serán consideradas como autoridades judiciales:

- 1.a) Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria
- 2.b) Los Secretarios Judiciales
- 3.c) Los miembros del Ministerio Fiscal
- 4.d) Las autoridades judiciales militares

La presente Declaración también es de aplicación al Protocolo Adicional al Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978" (Convenio de Estrasburgo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, modificación de la Declaración de España relativa al artículo 24 del mismo, BOE de 12/12/11).

# 3. Bibliografía

AGUDO ZAMORA, M.J. El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Primera edición. Córdoba: Universidad de Córdoba, 2001

ARROYO ZAPATERO, L y NIETO MARTIN, A. La orden de detención y entrega europea. Primera edición. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha, 2006

CALAZA LÓPEZ, S. El procedimiento europeo de detención y entrega. Primera edición. Madrid: Iustel, 2005

CASTILLEJO MANZANARES, R. Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega. Primera edición. Navarra: Aranzadi, 2005

CEDEÑO HERNÁN, M. La orden de detención y entrega europea: Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega. Primera edición. Navarra: Aranzadi, 2010

DE PRADA SOLAESA, JR. La orden europea de detención y entrega. En: *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2014.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Manual sobre OEDE, en Bruselas, 17/12/2010, y su actualización a 6/10/2017

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La orden europea de detención y entrega*. Madrid: Manuales de Formación continuada, 2007

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. La cooperación judicial penal en Europa: de la asistencia judicial al reconocimiento mutuo. En: *Cuadernos Digitales de Formación*. Madrid: CGPJ, nº 19, 2015.

CUERDA RIEZU, A. De la extradición a la "euro orden" de detención y entrega, con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español. Primera edición. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2003.

CUERDA RIEZU, A. La extradición y la orden europea de detención y entrega. En: *Revista Boliviana de Derecho*. Bolivia: Fundación Iuris Tantum, 2006, nº 1.

DELGADO MARTIN, J. La orden de detención y entrega europea. En: *Diario La Ley*. Madrid: La Ley, 2005, nº 2 marzo.

DELGADO MARTIN, J. Sistema de fuentes reguladoras de la orden europea de detención y entrega. En: *Manuales de formación continuada*. Madrid: CGPJ, 2007,  $n^{o}$  42.

GARCÍA SÁNCHEZ, B. Dificultades de la Euroorden ante su puesta en práctica por los Tribunales nacionales de la UE. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio Justicia, 2007, tomo 60, fasc 1.

GIMENO RUIZ, A.: "Un letrado de justicia cada vez más internacional". En: Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia. [consulta 23 abril 2021]. Disponible en: https://letradosdejusticia.es/un-letrado-de-justicia-cada-vez-mas-internacional/

GORDILLO PÉREZ, L. El juez nacional y el juez europeo ante la Euroorden. En: REVENGA SÁNCHEZ, M. (COORD), El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Primera edición. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2009.

GUTIÉRREZ ZARZA, M.A. La orden de detención europea y el futuro de la cooperación judicial en la UE. Reconocimiento mutuo, confianza recíproca y otros conceptos clave. En: *Manuales de formación continuada*. Madrid: CGPJ, 2007, nº 42.

HURTADO ADRIÁN, A. L. La nueva OEDE. En: *La Ley Pena: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Madrid: La Ley, 2013, nº 103.

JIMENO BULMES, M. La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la UE. Moldavia: Editorial Académica Española, 2012.

LEGIDO SÁNCHEZ, A. La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales. En: *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*. 2007, nº 14.

MESTRE DELGADO, E. "Espacio común de seguridad y justicia". En: *La Ley Pena: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Madrid: La Ley, 2010, nº 74, sección editorial, septiembre.

MORENO CATENA, V. M. La orden europea de detención en España. En: *Revista del Poder Judicial*. Madrid: CGPJ, 2005, nº 78, segundo trimestre.

PEERS, Steve. *UE Justice and Home Affairs Law*. Tercera edición. Gran Bretaña: Oxford University Press, 2011.

PÉREZ CEBADERA, M.A. *Instrumentos de cooperación judicial penal I: La extradición y la euroorden*. Castellón de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2010. [consulta 22 abril 2021] Disponible en: http://hdl.handle.net/10234/24066

PÉREZ CEBADERA, M.A. La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega. En: *Diario La Ley*. Madrid: La Ley, 2007, nº 4.

PÉREZ CEBADERA, M.A. La nueva extradición europea: La orden de detención y entrega. Primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

TELLÉZ AGUILERA, A. Nuevas posibilidades de cooperación en la ejecución penal en el marco del Tratado de Lisboa y del Programa de Estocolmo. En: *La Ley Pena: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Madrid: Wolters Kluwer, 2010, nº 74.

# Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

# Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

# LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE LAS MEDIDAS PROCESALES DE CARÁCTER COERCITIVO

# Proportionality as a guiding principle for coercive procedural measures

Por Iván Fructuoso González Letrado de la Administración de Justicia ivan.fructuoso@justicia.es

Artículo recibido: 15/05/21 | Artículo aceptado: 18/06/21

## **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la formación de la proporcionalidad como principio general del derecho, desde sus orígenes como concepto filosófico desarrollado por Platón y Aristóteles, hasta su encarnación actual como norma constitucional, adoptada definitivamente en España en la década de 1990. Desde el principio, la proporcionalidad se consideró un principio de restitución en la formulación bíblica del "ojo por ojo". Pero más tarde, especialmente a partir de las obras de Beccaria, se transformó en un principio que busca que cada medida adoptada por los Tribunales inflija el menor dolor posible al tiempo que logre la máxima eficacia. Por lo tanto, como principio general, la proporcionalidad debe informar toda decisión que aplique una medida procesal coercitiva, como embargos, decomisos, depósitos, desalojos, etc.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes the formation of proportionality as a general principle of law, since its originated as a philosophical concept as developed by Plato and Aristotle to its current incarnation as a Constitutional rule, adopted definitely in Spain in the 1990's. Since the beginning, proportionality was seen as a restitution principle in the biblical formulation of the "an eye for an eye" rule. But later, specially since the works of Beccaria on, it was transformed into a principle that seeks that every Court adopted measure inflicts the lesser possible pain while achieving the maximum effectiveness. Hence, as a general principle, proportionality must inform every decision that implements a coercive procedural measure, such as seizures, confiscation, deposit, eviction, etc.

#### PALABRAS CLAVE

Proporcionalidad, Filosofía, Principio General del Derecho, proceso civil, medida coercitiva, embargo.

## **KEYWORDS**

Proportionality, Philosophy, General Principle of the Law, civil procedure, coercive measure, seizure.

**Sumario**: 1. Introducción. 1.1. El concepto de proporcionalidad. 1.2. El carácter universal del principio de proporcionalidad. 2. La construcción histórica del principio de proporcionalidad. 2.1. Introducción. 2.2. El principio de proporcionalidad en la Ilustración: "*De los delitos y las Penas*". 3. El constitucionalismo alemán. 3.1. De Beccaria a la "Ley de Bonn". 3.2. La "Ley de Bonn" y el triple test alemán. 4. La proporcionalidad en el sistema constitucional español. 4.1. La proporcionalidad en la doctrina constitucional española. 4.2. La problemática del subprincipio de ponderación. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

# 1.1. El concepto de proporcionalidad

La palabra proporción proviene de la adaptación latina del término griego analogía ( $\alpha v \alpha \lambda o \gamma i \alpha$ ), que se define etimológicamente como la relación entre cosas distintas, pero con determinadas semejanzas entre sí¹. Es Cicerón quien introduce por primera vez la voz latina *proportio*² y es de esa adaptación de la que proviene el concepto moderno de proporcionalidad, que en castellano se define por la Real Academia Española como la "conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí". A su vez, proporción aparece en el Diccionario de la RAE como la "disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí".

Del aspecto puramente semántico y etimológico se extraen dos de las características centrales del estudio de la proporcionalidad como principio jurídico: la relación y la conformidad. La relación es la base del principio de proporcionalidad, ya que este precisa de la existencia de dos realidades relacionadas –y puede decirse que incluso enfrentadas- entre sí. Ese conflicto de realidades se manifiesta en dos momentos: en el de creación de la norma y en el de su aplicación. El principio de proporcionalidad está presente cuando el legislador evita los embargos desproporcionados³, cuando establece la pena abstracta para un delito en relación al daño causado o a su gravedad, o cuando

GARCÍA HOZ, V. Diccionario Escolar Etimológico. Barcelona: Editorial Magisterio, 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Referencia 1: proviene de *pro* y *portione*, por lo que puede traducirse como "según la parte".

Según el artículo 592 LEC "el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado".

legisla sobre la intromisión justificada en la esfera de un derecho fundamental<sup>4</sup>. También está presente cuando un Letrado de la Administración de Justicia rechaza una petición de embargo en base al art. 592.1 LEC, por existir otros bienes o derechos susceptibles de embargo cuya enajenación resulte menos onerosa para el deudor, cuando un Tribunal impone la pena concreta en una Sentencia condenatoria penal, y cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una norma por inferir desproporcionadamente en la esfera de un Derecho fundamental.

En cuanto a la conformidad - entendida como igualdad-, constituye la segunda característica esencial del principio de proporcionalidad, en tanto en cuanto con la aplicación de la proporcionalidad se persigue la restauración o instauración de un equilibrio de las dos situaciones en aparente conflicto, buscando en todo momento medir, calibrar, mesurar, las dos realidades enfrentadas para procurar que ambas queden en situación de igualdad jurídica. Cuando una de esas realidades pase sobre la otra de una forma desmesurada, se calificará de desproporcionada y se modificará la situación tratando de restablecer un equilibrio.

# 1.2. El carácter universal del principio de proporcionalidad

El carácter universal del principio de proporcionalidad conlleva que su presencia alcance a las situaciones más cotidianas. Un grupo de gente observando a un ciudadano derribado contra el suelo y detenido por la policía, no se formará igual opinión si la detención ha sido ocasionada por una mínima incorrección social—por ejemplo, por hablar en voz alta en una biblioteca pública, que por un delito grave—el apuñalamiento de otra persona-; al valorar situaciones de ese tipo, el ciudadano lego emitirá un juicio de proporcionalidad, siquiera a través de expresiones más o menos coloquiales—"se han pasado", "no había para tanto", "se merecía más"-. El principio de proporcionalidad también sirve de guía de las acciones del ser humano: en el quehacer cotidiano, se recurre a la proporcionalidad como vara de medir situaciones de toda especie, como pueden ser imponer un castigo a un hijo o recompensar el esfuerzo de un alumno.

Así, la LO 13/2015, de 5 de Octubre, introduce un Capítulo IV dentro del Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedicado a "la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos". En el primero de sus preceptos, se establecen los principios rectores, que son los de "especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida" (art. 588 bis LECrim).

En los siguientes apartados, se abordará la tarea del estudio del principio de proporcionalidad desde una perspectiva histórica, con el examen del trabajo de los cuatro pensadores que, históricamente, definieron el concepto de proporcionalidad: Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y Cesare Beccaria. Acto seguido se examinará la recepción y consagración del principio de proporcionalidad por la Ley de Bonn de 1949 y su traslación al ordenamiento constitucional español. El objetivo será disponer de una sólida base acerca de la historia, significado, elaboración y formulación del principio de proporcionalidad que sea útil en el examen detallado de las medidas coercitivas, adoptadas en el seno del proceso.

# 2. La construcción histórica del principio de proporcionalidad 2.1. Introducción

Desde una perspectiva histórico-jurídica, el relato del principio de proporcionalidad suele desarrollarse del siguiente modo: aparece como un criterio de ponderación entre delitos y penas abrazado por los autores de la Ilustración<sup>5</sup>, y, a continuación, se traslada al ámbito del Derecho administrativo –y, dentro de éste, al llamado derecho sancionador– como principio limitador de la actuación de la Administración<sup>6</sup>, hasta que es recogido por el movimiento constitucionalista europeo de la segunda mitad del siglo XX, que lo transforma en un principio general del Derecho, con la utilidad específica de valorar si es justificada –y, por ende, proporcionada- una concreta limitación, normativa o judicial, de un determinado derecho fundamental; pero la realidad histórica es más amplia y compleja, puesto que las raíces y el alcance del principio de proporcionalidad poseen un carácter universal. Y esa universalidad se predica de su presencia en una amplia línea temporal, apareciendo ya en la Antigüedad -como principio o, al menos, como criterio jurídico- y permea de igual modo tanto

Incluso algunos autores van más allá y se centran en el estudio de la proporcionalidad desde una perspectiva temporal más tardía, en concreto desde su adopción como canon de control por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, cfr. STONE SWEET, A., y MATHEWS, J., Proportionality Balancing and Global Constitutionalism Faculty Scholarship Series, (New Haven, 2008) y HOLLÄNDER, P. El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?. En: SIECKMANN, J.R. La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BERNAL PULIDO, C. La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En: CARBONELL SANCHEZ, M., FIX-ZAMUDIO, H., GONZALEZ PEREZ, L. R. y otros. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 245.

los textos religiosos<sup>7</sup> como las obras de los grandes filósofos de la Grecia y Roma clásicas, en especial Platón, Aristóteles y Cicerón, tal como se verá más adelante.

El carácter universal del principio de proporcionalidad se deduce asimismo de su presencia multidisciplinar. Lo hallamos en la religión, la ética, la estética, el arte, las matemáticas, la arquitectura, la ingeniería, etc. Y esa característica del principio de proporcionalidad se traslada en parte al Derecho, donde aparece no sólo como principio general, sino incluso a través de reglas matemáticas que modulan el embargo del salario<sup>8</sup>, o la aplicación de las penas<sup>9</sup>,

El principio de proporcionalidad aparece ya en los textos teológicos de la Antigüedad como instrumento puramente retributivo¹¹ -, así como en los textos clásicos de la filosofía, donde se muestra inicialmente como principio meramente geométrico - en el diseño que elabora Platón de su ciudad ideal¹¹. Siglos más tarde, la Ilustración abrazará el principio de proporcionalidad recogido entre otros por Montesquieu y Beccaria y que pasa a desempeñar una especial dimensión de "vara de medir" sancionadora, buscando siempre la proporcionalidad entre crimen y castigo. Ya en la segunda mitad del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial, el principio de proporcionalidad se incorpora al Derecho constitucional alemán, pasando a convertirse en un principio general del Derecho que se recoge en textos de Derecho internacional y europeo¹².

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> BARAK, A. *Proportionality. constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 175-176.

A modo de ejemplo, y sin perder de vista que en Derecho el principio de proporcionalidad tiene un marcado acento axiológico, la proporción matemática está en cierto modo presente en la LEC cuando en su artículo 607 establece una serie de baremos porcentuales para limitar el embargo de percepciones salariales y análogas que buscan ponderar el derecho del acreedor a hacer efectivo su crédito con el derecho de subsistencia digna del deudor, limitando el embargo del salario o pensión para evitar que el deudor caiga en una situación de miseria, que asimismo perjudicaría a medio y largo plazo al propio acreedor, pues el deudor se vería seriamente comprometido en su propia actividad laboral y vital si la totalidad de las percepciones que recibe pudieran ser embargadas. En este caso, la proporcionalidad jurídica se busca a través de la fijación de límites matemáticos al alcance cuantitativo del embargo.

Según la llamada regla del "triple de la mayor", el art. 76 del Código Penal dispone que "... el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años".

Pero si hubiera algún otro daño, entonces pondrás como castigo, vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe. Éxodo 21, 23-25

OLIVAR, W. Sobre la justicia en el libro "La República" de Platón. En: *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2008, Vol. 11, número 21. p. 101.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Sobre su presencia en los Tratados de la Unión Europea, cfr. RUBIO LLORENTE, F. El

Desde su aparición en la Antigüedad, el principio de proporcionalidad se ha ido convirtiendo en un verdadero principio general que inspira todas las ramas del Derecho, alcanzando una dimensión axiológica que permite afirmar que la proporcionalidad debe inspirar las decisiones judiciales de toda clase, ya sea desde el punto de vista comparativo -ponderando derechos entre sí- o utilitario -obligando al órgano judicial a escoger el medio más razonable-. El principio de proporcionalidad también ha alcanzado -o se le ha reconocido- una dimensión extrajurídica, que le lleva a situarse como principio en el llamado consecuencialismo jurídico o judicial, considerando así que las decisiones judiciales, para ser proporcionadas, deben tener en cuenta el Derecho, pero también otros criterios de naturaleza social, cultural o económica. El consecuencialismo judicial no debe en modo alguno fundamentar un escenario en el que las resoluciones de Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia deriven en decisiones arbitrarias o excesivamente alejadas de la técnica jurídica y del Derecho en general, pero no olvidemos que el propio artículo 7 del Código Civil español recoge la interdicción del ejercicio antisocial de los derechos, lo que conduce a las autoridades judiciales -Jueces y Letrados de la Administración de Justicia- a introducir o contemplar en sus resoluciones elementos ajenos al Derecho, pero íntimamente relacionados con él, que eviten que la propia resolución judicial propicie o ampare un uso desproporcionado de un derecho en perjuicio de la finalidad social del mismo.

# 2.2. El principio de proporcionalidad en la Filosofía clásica 2.2.1. Introducción

En los textos religiosos de la Antigüedad, proporcionalidad y reciprocidad son conceptos equivalentes: la justicia buscaba devolver al autor de un crimen el mismo daño que había causado. En el Código de Hammurabi de la Babilonia del siglo XVIII a.C., se establecían castigos de una absoluta reciprocidad: la ley 196 rezaba que, si un hombre libre vaciaba el ojo de un hijo de otro hombre libre, se vaciaría su ojo en retorno; la Ley 197 que, si quebraba un hueso de un hombre, se quebraría el hueso del agresor. En la ley mosaica (recogida en el Antiguo Testamento, Antiguo Israel, entre el II y el I milenio a. C.), la ley del talión aparece en Éxodo 21:23-25: "Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe." En el núcleo de la concepción de la ley del talión –y, por consiguiente, en el centro de la noción de reciprocidad, late de forma unívoca el concepto de daño. La reciprocidad supone castigar al autor de un crimen a sufrir el mismo daño que ha causado; en la definición del

principio de subsidiaridad y el principio de proporcionalidad. En: OREJA AGUIRRE, M. (coord.). *La Constitución Europea*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 213-222.

castigo que corresponda a cada crimen, la reciprocidad, basada en la igualdad, ignora cualquier otro elemento, especialmente si tiene un carácter moderador o dulcificante.

Fueron los filósofos clásicos de la Antigua Grecia, en especial Platón y Aristóteles, los primeros en comenzar a distinguir entre los conceptos de reciprocidad y proporcionalidad. Su aportación consiste en abandonar la concepción de lo recíproco como proporcional: la superación de la reciprocidad como única forma de reparar el daño o de conseguir justicia. Platón y Aristóteles se alejan de la reciprocidad del "ojo por ojo" y, para conseguirlo, se nutren de elementos que van más allá del daño causado, como son la intencionalidad o el estatus social del autor del delito. Posteriormente, desde el pensamiento cristiano, Santo Tomás de Aquino adapta la filosofía de Aristóteles al pensamiento cristiano e introduce la proporcionalidad como elemento valorativo de las causas de justificación, en concreto de la legítima defensa. El pensamiento de Platón, Aristóteles y Santo Tomás se referencia por considerar, parafraseando a JARAMILLO VÉLEZ, que "la verdad es eterna": que una vez hallada, da igual cuando o cómo, debe perdurar por siempre<sup>13</sup>.

# 2.2.2. Las Leyes de Platón

Platón nace en Atenas en el año 428 a.C., en el seno de una familia de la clase dirigente, y muere en el año 347 a.C. sin llegar a cumplir el sueño de instaurar su modelo de República ideal<sup>14</sup>. El ateniense entendía la justicia como un bien y, a su vez, como la principal virtud del alma<sup>15</sup>, y asociaba belleza y justicia, de tal modo que una acción participará en ideal de belleza en la misma medida que en el de justicia. El filósofo enuncia en sus *Leyes* la máxima de que los castigos impuestos de acuerdo a la Ley son siempre para bien, y reserva la pena de muerte para los más altos crímenes, aquellos cometidos contra los dioses, la ciudad o la familia. En conformidad con su ideal de polis, donde los lotes pertenecientes a cada ciudadano guardan una proporción de absoluta igualdad, Platón reniega de la confiscación de las propiedades del criminal condenado, pues rompería esa deseada proporción<sup>16</sup>.

La proporcionalidad platónica proviene de la necesidad de establecer un orden basado en la analogía que intente, en palabras de CATTANEI, armonizar

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> JARAMILLO VÉLEZ, L. La ley en Santo Tomás de Aquino. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín (Colombia): Universidad Pontificia Bolivariana, 1951, nº 5-6, p. 42.

OLIVAR, W., referencia 11, p. 101.

ARANDA FRAGA, F. Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo. En: *Revista DavarLogos*. Libertador San Martín (Argentina): Universidad Adventista del Plata, 2015, Vol. 14, nº 2, p. 74.

PLATÓN, Diálogos. IX Leyes, Libros VII-XII. Introducción, traducción y notas de LISI, F. Madrid: Gredos, 1999. pp. 128-139.

"realidades heterogéneas", lo que se alcanza a través de una actividad de cálculo —la proporcionalidad geométrica— que equilibre las desigualdades¹7. La proporcionalidad en Platón se convierte así en una actividad racional, ordenada, mesurada. En el terreno de la aplicación práctica del principio de proporcionalidad, según la concepción platónica, se encuentran manifestaciones de este en la formulación de las penas pecuniarias y en la configuración de las penas adecuadas a cada delito en particular. En cuanto a las penas pecuniarias, Platón no las descarta, pero formula una especie de principio de "inembargabilidad del lote", en consonancia con la prohibición de confiscación referida anteriormente. Si el ciudadano condenado ha acumulado un exceso de bienes respecto al lote inicial, responderá con ese exceso, pero sólo con él. Si con ello no tuviere bastante, se admitirá que sus conocidos contribuyan. Si no lo hicieren, Platón aboga por aplicar una pena de prisión sustitutiva "larga" y "con algunas vejaciones" 18.

En cuanto a la imposición de las penas, Platón se cuestiona si deben establecerse en proporción al elemento volitivo o si, por el contrario, deben imponerse penas iguales con independencia del grado de intencionalidad del delito. Para ello propone que antes de legislar se determinen cada una de las injusticias intencionadas y las involuntarias, añadiendo que las injusticias involuntarias deben ser reparadas, pero no constituyen infracción; de esa forma, Platón asocia la proporcionalidad de la pena a la intención del autor y a la intensidad de esa intencionalidad. Así, propone la impunidad de las muertes accidentales – como la del paciente a manos del médico por causa no imputable a éste, o la de deportistas de forma accidental a manos de otro atleta -, o penas mayores para el supuesto de muertes por "ataque de cólera" 19.

# 2.2.3. Aristóteles y la justicia

Aristóteles, nacido en Estagira en el año 384 a.C., fue el primer filósofo en acometer el estudio de la Ética como disciplina independiente dentro de la Filosofía, a través de su trilogía dedicada a la ética, formada por Ética a Nicómaco, Ética eudemia y la Gran Ética o Magna Moralia. En el tratado dedicado a su hijo Nicómaco, el discípulo de Platón reflexiona acerca de la felicidad como bien mayor y del modo de conseguirla, y lo hace a través del análisis de los tres géneros de vida: voluptuosa, política y contemplativa. Para ello, se centrará en el

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> CATTANEI, E. ¿Es justo acusar de homicidio al propio padre por haber dejado morir a un dependiente? Reflexiones sobre los "derechos humanos" en el pensamiento de Platón. En: *Areté: Revista de filosofía*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú: Departamento de Humanidades, 2003, nº 15/1, pp. 77-79.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> PLATÓN, referencia 16, pp. 128-130.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> PLATÓN, referencia 16, pp. 142-143, 150, 155.

examen de las virtudes entendidas como "hábitos" o "inclinaciones de la voluntad"<sup>20</sup>.

Aristóteles catalogó las virtudes en dos géneros: dianoéticas y éticas –o intelectuales y morales²¹-. Las primeras provienen de la enseñanza; las segundas, de la costumbre. El pensador dedica el Libro V de la *Ética a Nicómaco* al estudio de la virtud de la justicia. Para definirla, contrapone lo justo a lo injusto, concluyendo que justicia equivale a legalidad y equidad e injusticia a lo contrario²². Para Aristóteles, existe una justicia universal o total consistente en el "ejercicio de la virtud total para con el prójimo", que para SERRANO se identifica con el "bien común" ²³. La justicia universal es el Derecho en general, tanto natural como legal y constituye una "virtud perfecta" ²⁴. Junto a ella convive la justicia particular o parcial, enfocada "a las relaciones de intercambio entre individuos" ²⁵ y que a su vez se divide en justicia distributiva y justicia correctiva²⁶.

La justicia distributiva es la que se emplea para la distribución de honores y bienes comunes, como en el caso de que dos personas con distintos méritos opten al mismo cargo u honor o deba repartirse entre ellas una cantidad determinada de bienes<sup>27</sup>. También se aplica en los casos en los que haya que repartir o distribuir varios objetos entre varias personas. La fórmula justa para aplicar la justicia distributiva es la de la proporcionalidad geométrica, en sus dos variantes<sup>28</sup>: proporción discreta, que supone la existencia de cuatro términos distintos (A, B, C, D) y proporción continua, en la que aparecen tres términos distintos y uno de ellos repetido (A, B, B, C)<sup>29</sup>.

En resumen, la justicia distributiva, para aplicarse de un modo justo, comportará que aquellos que no son iguales perciban porciones

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco. Madrid: Alianza Editorial, 2014. pp. 9-23.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> LERNÉS FEBRÉS, S. La justicia y la fuente moral del derecho, aproximaciones críticas a una cuestión filosófica. En: *Vox Juris*. Lima (Perú): Universidad de San Martín de Porres (USMP), 2016, nº 32/2, pp. 18-19.

GARCÍA SOTO, L. Teoría de la justicia e idea del derecho en Aristóteles. En: Tesis doctoral. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2010, p. 381.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> SERRANO, E. La teoría aristotélica de la justicia. En: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. México DF: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005, nº 22, p. 124.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> GARCÍA SOTO, L., referencia 22, p. 381.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> SERRANO, E., referencia 23, p. 129.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> ARISTÓTELES, referencia 20, pp. 134-142.

Para BAZÁN, un ejemplo contemporáneo sería "la calificación que hace un profesor respecto de sus alumnos", en BAZÁN, C., Apuntes sobre la justicia en la Ética a Nicómaco: Aristóteles para juristas. En: *IUS ET VERITAS*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, nº 30, p 491.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> ARISTÓTELES, referencia 20, p. 137-139.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> A modo de ejemplo, si se procede a un reparto de bienes en base al concepto de mérito y se emplea el método de proporcionalidad discreta, el reparto será justo si la proporción entre A y B por un lado y C y D por otro, es la misma que entre y A+C en relación a B+D.

proporcionalmente desiguales. Porque si aquellos que no son iguales recibieran porciones iguales se suscitarían "disputas y acusaciones" <sup>30</sup>. En opinión de GARCÍA SOTO, esta concepción geométrica de la proporcionalidad debe mantenerse como idea "a un lado", pues lo esencial del concepto aristotélico de la proporcionalidad es la introducción de la "referencia a la proporción y la exigencia de proporcionalidad" <sup>31</sup> como herramienta de aplicación de la justicia.

# 2.2.4. La justicia correctiva aristotélica

En el caso de la justicia correctiva, Aristóteles distingue entre aquella que tiene lugar cuando los tratos entre los hombres son voluntarios –que se puede identificar con el Derecho civil actual– y la que aparece cuando los tratos son involuntarios –equivalente al Derecho penal-. Para algunos autores, la primera de ellas constituiría una categoría específica de la justicia –la cambiaria– mientras que la segunda sería la justicia correctiva *stricto sensu*.

Para Aristóteles, el principio de proporcionalidad aplicado en base a un criterio geométrico es útil cuando se utiliza como herramienta de distribución o asignación de honores o propiedades. Pero, en el terreno de relaciones entre seres humanos, llega a la conclusión de que no puede aplicarse la proporcionalidad geométrica, debido a que los méritos de cada persona no deben influir, por ejemplo, en el castigo de un crimen<sup>32</sup>; el delito ocasiona una desigualdad que la justicia debe reparar<sup>33</sup> y, por ello, propone la aplicación de la proporcionalidad aritmética, que consiste en calcular la ganancia y pérdida sufrida por las partes en conflicto y restituir la pérdida a cuenta de la correlativa ganancia. Si el sujeto A pierde cinco y el sujeto B recibe injustamente esos cinco, la justicia se reestablecerá arrebatándole cinco a A y devolviéndoselos a B.

En el plano jurídico, tal argumento conduce a la justicia taliónica, a la aplicación de la regla de justicia de Radamantis: "Si el hombre sufriera lo que hizo, habría recta justicia". Esa reciprocidad del "ojo por ojo" implica que el juez castigue al culpable a sufrir el mismo daño que causó. Pero Aristóteles huye de esa rígida concepción de corte pitagórica, y recuerda que la justicia - tanto correctiva como distributiva- no puede basarse en la reciprocidad entendida

Así, si Pedro (A) acredita 10 méritos y se le conceden 20 monedas (B), y Daniel (C) acredita 50 méritos y se le conceden 100 monedas (D), el reparto será justo si la proporción entre 60 (A+C) 120 (B+D) es la misma que entre A y B por un lado y C y D por otro.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> ARISTÓTELES, referencia 20, pp. 137-138.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> GARCÍA SOTO, L., referencia 22, p. 392.

<sup>&</sup>quot;No importa, en efecto, que un hombre Bueno haya despojado a uno malo o al revés...la ley sólo mira la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales", ARISTÓTELES, referencia 20, pp, 139-140.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> LERNÉS FEBRÉS, S., referencia 21, p. 21.

como igualdad absoluta, sino que lo que mantiene a la comunidad es la "reciprocidad basada en la proporción"<sup>34</sup>.

En el caso de los tratos voluntarios entre los hombres –el equivalente al Derecho civil-, el elemento que consigue la igualdad será para Aristóteles la moneda. En el caso de los tratos involuntarios, que podemos identificar con la justicia penal, Aristóteles rectifica la *lex talionis* con una dosis de proporcionalidad en atención al estatus social de la víctima y del delincuente. Propone como ejemplo que, si un magistrado golpea a un ciudadano, no debe ser golpeado como castigo. Pero si es el ciudadano el que golpea al Magistrado, deberá ser golpeado y castigado con mayor intensidad. En definitiva, y tal como apunta SERRANO, de forma confusa vuelve al concepto de proporcionalidad geométrica, pero introduciendo una "concepción jerárquica del orden social" 35, donde el castigo será mayor o menor en atención a la clase social del autor y de la víctima.

En todo caso, pese a las imperfecciones y contradicciones<sup>36</sup> en que incurre el estagirita, resulta determinante la introducción definitiva de la proporcionalidad en el Derecho como herramienta independiente de la reciprocidad, pues Aristóteles desliga la proporcionalidad de la estricta formulación del "ojo por ojo", de tal forma que la justicia o injusticia de una norma y de un castigo se determinará atendiendo a elementos que exceden de la simple retribución recíproca.

# 2.2.5. Santo Tomás de Aquino

La aportación de Santo Tomás de Aquino a la configuración del principio de proporcionalidad es tan breve en su descripción como importante en su aplicación. El aquinatense, nacido hacia 1224 en Roccasecca (Italia) y fallecido en la Abadía de Fossanova el 7 de marzo de 1274, recupera el pensamiento aristotélico, en el sentido de que la idea de una justicia universal convive con una justicia particular, y lo adapta al pensamiento cristiano, enunciando como base de esa justicia la existencia de una armonía de origen divino en la que el ser humano participa al gozar de "libertad y razón" En la segunda parte del Libro II de la Suma Teológica, Santo Tomás de Aquino dedica la cuestión número 64 al delito de homicidio. En ella, el artículo séptimo aborda los homicidios cometidos en legítima defensa y es allí donde el teólogo del siglo XIII elabora una teoría que

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> ARISTÓTELES, referencia 20, p. 142.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> SERRANO, E., referencia 23, p. 151.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> GARCÍA SOTO, L., referencia 22, p. 399.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B. El derecho en Santo Tomás de Aquino. En: Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano. Madrid: Fundación Speiro, 2004 nº 427-428, pp. 564 y ss.

integra la proporcionalidad como elemento de ponderación, empleado para determinar la legitimación de un homicidio cometido en defensa propia.

Santo Tomás parte de la base de que un mismo acto puede tener dos efectos. Así sucederá cuando aquel que se ve atacado se defiende y responde a la agresión, causando un doble efecto: conservar la propia vida y privar de la ajena. Para el aquinatense esa muerte será legítima, siempre y cuando la defensa sea ejercitada con fuerza moderada, en relación con el ataque sufrido. De esa forma, se concibe la igualdad en Derecho no cuantitativa, sino cualitativamente. El primer aspecto resulta fundamental para la elaboración del concepto moderno de proporcionalidad, pues por primera vez se habla de proporcionalidad entendiéndola como regla de ponderación. Santo Tomás postula la ponderación de la agresión sufrida y de la fuerza empleada en repelerla. Si ambas son proporcionadas, no se castigará la muerte ocasionada en legítima defensa. Si la fuerza repelente es desmesurada, sí. La ilicitud del acto dependerá, en definitiva, de la desproporción en la reacción.

En resumen, Santo Tomás dota definitivamente a la proporcionalidad de sustantividad propia, erigiéndola como criterio o herramienta de ponderación de intereses en conflicto, a través del estudio de las muertes ocasionadas en legítima defensa. Al tiempo, huye de la visión clasista de la proporcionalidad aristotélica y la reemplaza con un elemento claramente axiológico: la "bondad", la razón del bien<sup>38</sup>.

# 2.2.6. Conclusión: reciprocidad y proporcionalidad

Platón y Aristóteles, con los matices que implica el análisis de un pensamiento milenario, no dotan al principio de proporcionalidad de un estatus definido e independiente, pero sí lo conciben por primera vez como principio distinto de la reciprocidad categórica. Platón lo hace de la mano de la idealización de la justicia, que debe aplicarse a través de una igualdad proporcional, mientras que Aristóteles introduce los conceptos de justicia distributiva y correctiva, lo que supone la principal aportación realizada por el filósofo al estudio del Derecho<sup>39</sup>; consciente de que la reciprocidad del "ojo por ojo" se había considerado por los pitagóricos como justa y, por ende, proporcionada en sí misma, Aristóteles se percata del hecho de que la aritmética no es suficiente para dar respuesta a la necesidad de reparar o castigar la comisión de un delito.

En la actualidad, la proporcionalidad entendida como reciprocidad presenta un recorrido muy limitado. Puede predicarse –y con mucha cautela- de algunos instrumentos del derecho procesal civil, como la acción de restitución de

<sup>38</sup> HERRERA, D.A. Analogía y participación en la fundamentación del derecho según Santo Tomás de Aquino. En: *Seminario internacional de investigación de Filosofía del Derecho y Ética,* Universidade Federal do Rio Grande, 8 al 10 de septiembre de 2010, p. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BARAK, A., referencia 7, pp. 175-176.

la posesión, ya sea ejercitada como acción civil independiente, o acumulada a la acción penal por delito. Del mismo modo, las acciones civiles de reclamación de cantidad también presentan un sustrato de reciprocidad, pues aquel que no cobra una deuda acude a la justicia para que se le restituya la cantidad debida. Sin embargo, la reciprocidad absoluta se ha visto generalmente sustituida por una reciprocidad proporcional, si bien en base a argumentos más humanizantes que el del estatus social propuesto por Aristóteles, que resulta inaplicable en la actualidad. No obstante, la aportación de Aristóteles al estudio del principio de proporcionalidad continúa siendo fundamental, pues, en palabras de MUINELO COBO, nos hace ver "la importancia de la igualdad proporcional como concepto nuclear de lo jurídico" 40.

Santo Tomás, por el contrario, profundiza en la idea de proporcionalidad y aporta dos novedades de innegable valor: la utilización de la proporcionalidad como criterio de ponderación independiente, en el ámbito de la legítima defensa, y la introducción en el Derecho de la "bondad" o de la razón del bien, alejándose de elementos platónicos y aristotélicos como la geometría, la aritmética o el estatus jerárquico social.

# 2.3. El principio de proporcionalidad en la Ilustración: "De los delitos y las Penas"

## 2.3.1. Introducción

Con origen en la revolución inglesa de 1688<sup>41</sup>, el movimiento ilustrado se desarrolló en la Europa del Siglo XVIII, con especial repercusión en Inglaterra, Francia y Alemania<sup>42</sup>, definido como un "proceso de transformación" cultural, la Ilustración "alumbró" un nuevo método de abordar el conocimiento<sup>43</sup>. En ese escenario, el Derecho adoptó un papel protagonista, pues para los pensadores de la época, tal como recoge ALVARADO PLANAS, la legislación vigente era una "maraña confusa, dispersa y contradictoria, totalmente inmanejable"<sup>44</sup>; los ilustrados prestaron especial atención a un Derecho penal que, en palabras de

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> MUINELO COBO, J.C. La unidad analógica del término derecho en Aristóteles. En: *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2013, nº. 29, p. 462.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> GARRIGA ACOSTA, C.A. Capítulo VII. La Ilustración jurídica. En: LORENTE SARIÑENA, M.M (coord.) y VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, J. (coord.). *Manual de historia del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 259-288.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Sobre la recepción de los ideales de la Ilustración en España, *cfr.* RUS RUFINO, S. Evolución de la noción de Derecho natural en la Ilustración española. En: *Cuadernos Dieciochistas*. Salamanca: Sociedad Española de Estudios del Siglo XVIII, 2011, nº 2, p. 259.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> GARRIGA ACOSTA, C.A., referencia 41, p. 261.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> ALVARADO PLANAS, J. La ilustración y la humanización del Derecho penal. En: ALVARADO PLANAS, J. (coord.) y MARTORELL LINARES M.A. (coord.). *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 19-41.

IPPOLITO, "no producía seguridad, porque no evitaba los delitos; y no garantizaba la libertad, porque pisoteaba los derechos" <sup>45</sup>.

El sistema procesal de la época fue singularmente denunciado por los autores del Siglo de las Luces: la tortura y la pena de muerte eran los ingredientes naturales<sup>46</sup> de un proceso penal de corte inquisitivo, carente de la más mínima equidad, publicidad e igualdad. La crueldad y la expiación moral constituían el denominador común de un proceso penal en el que el mismo Juez que instruía la causa se encargaba después de enjuiciarla y dictar sentencia, llegando incluso a participar económicamente en las penas pecuniarias que él mismo imponía, embolsándose una parte<sup>47</sup>. Es ese contexto, la proporcionalidad reaparece en la Ilustración como principio íntimamente ligado al concepto de sanción penal, de la mano de Cesare Beccaria, en su obra de *Dei delitti e delle pene*, publicada en 1764.

La proporcionalidad ya había sido recogida por otros autores ilustrados, especialmente por Montesquieu. En sus *Cartas Persas*, el pensador francés, ante la prerrogativa de los sultanes para ordenar arbitrariamente la ejecución del autor de cualquier crimen con independencia de su gravedad, califica esa realidad como una fractura de la deseada proporción que debe presidir la relación entre crimen y castigo<sup>48</sup>. También se refiere a la proporcionalidad en su obra *El espíritu de las leyes*, donde asocia la ausencia de dicho principio a regímenes o gobiernos déspotas<sup>49</sup>. Pero será Cesare Bonesana, nacido en Milán en 1738 y conocido como Cesare Beccaria, quien analice con mayor profundidad el principio de proporcionalidad penal, hasta tal punto que su obra es aún considerada como referente del Derecho penal moderno<sup>50</sup> <sup>51</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> IPPOLITO, D. El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Revista de Derecho Privado, 2007, nº 30, p. 529.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> MORENO CASTILLO, M.A. Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria, en la evolución del aparato punitivo. En: GARCÍA VALDÉS, C. (dir.). *Historia de la prisión: teorías economistas, crítica*. Madrid: Edisofer, 1997, p. 92.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> ALVARADO PLANAS, J., referencia 44, p. 20.

<sup>&</sup>quot;...l'usage où ils sont de faire mourir tous ceux qui leur déplaisent, au moindre signe qu'ils font, renverse la proportion qui doit être entre les fautes et les peines, qui est comme l'âme des Etats et l'harmonie des empires; et cette proportion, scrupuleusement gardée par les princes chrétiens, leur donne un avantage infini sur nos sultans" MONTESQUIEU, Lettres persanes (102. Usbek a Ibben a Smyrne), en Oeuvres complètes, pref. de VEDEL, G. (Paris, 1964) 155-116.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> En ese sentido ALVARADO PLANAS, J., referencia 44, p. 26.

JIMÉNEZ VILLAREJO lo considera "pese a sus inevitables sombras y arcaísmos", una "obra fundacional del moderno derecho penal, tanto en su rama sustantiva como procesa" en BECCARIA, C. De los delitos y las Penas. Madrid: Tecnos, 2008. Estudio Preliminar de JIMÉNEZ VILLAREJO, J, X.

Sobre un análisis detallado de la influencia del pensamiento de Beccaria en el Derecho penal actual, *cfr.* FERRAJOLI, L. La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria. En:

# 2.3.2. "De los delitos y las penas"

La desmesura o desproporción del castigo en la época de la Ilustración fue también denunciada por otros autores, como Voltaire en el caso de Antoinette Toutan, una joven francesa de dieciocho años, que fue castigada a la pena capital por sustraer unas servilletas en Lyon en 1772, o Benjamin Franklin, quien reaccionaría con estupor ante la condena a muerte de una mujer londinense que hurtó unas telas por valor de catorce chelines y tres peniques, señalando que el castigo desproporcionado acaba por ser "lo mismo que castigar a un inocente" .

Pero sería Beccaría quien formularía un estudio pormenorizado de la materia en Dei delitti e delle pene, enfrentándose a lo que consideraba, en palabras de JIMÉNEZ VILLAREJO, una "situación de atraso y barbarie" en la que se encontraba sumido el Derecho penal europeo del siglo XVIII52; tras rendir honores a Montesquieu -si bien reconociendo que el filósofo galo abordó la materia "rápidamente"-, Beccaria se impone a sí mismo la obligación de continuar "las trazas luminosas de ese gran hombre" 53. En plena consonancia con los ideales de la Ilustración, Beccaria explica el ius puniendi partiendo del concepto del contrato social de Rousseau: la necesaria convivencia del ser humano en sociedad conlleva -a través de un contrato social- la necesaria cesión de una porción de libertad individual. La suma de esas porciones constituye lo que él denomina "derecho a castigar". Esa cesión de parcelas de libertad individual ocasiona un triple efecto: que el "derecho a castigar" resultante se articule en base al principio de legalidad, que el individuo y la sociedad queden obligados a observar la legalidad sobre la base de un contrato social y, finalmente, que las penas impuestas por la comisión de un delito deban reputarse útiles<sup>54</sup>.

# 2.3.3. Beccaria y el principio de proporcionalidad de las penas

En los capítulos 6 y 7 de *Dei delitti e delle pene*, Beccaria aborda la exigencia de proporcionalidad entre delitos y penas. Curiosamente, el punto de partida es también el concepto de proporción matemática: debe existir una relación de inversa proporcionalidad entre la frecuencia en que se comete un delito y su gravedad. Dicho de otra forma, el interés común exige que se cometan menos asesinatos que hurtos. En consecuencia, cuanto más grave sea el delito –y mayor el estímulo para cometerlo- mayor deberá ser la pena. Al enunciar las reglas de

Revista Jueces Para la Democracia. Madrid: Jueces Para la Democracia, 2014, nº79, pp. 51-63.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> BECCARIA, C., referencia 50, IX.

La admiración de Beccaria por Montesquieu resulta evidente cuando añade que "los ingenios contemplativos para quienes escribo sabrán distinguir mis pasos de los suyos. Dichoso yo si pudiese, como él, obtener las gracias secretas de los retirados pacíficos secuaces de la razón, y si pudiese inspirar aquella dulce conmoción con que las almas sensibles responden a quien sostiene los intereses de la humanidad". BECCARIA, C., referencia 50, p. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> BECCARIA, C., referencia 50, pp. 17-19.

aplicación del principio de proporcionalidad penal, Beccaria propone la gradación de los delitos de mayor a menor gravedad. Esa escala de delitos debe por fuerza acometerse con relación al daño causado y nunca a la intención del delincuente, la dignidad del ofendido o el pecado cometido. Beccaria ordena con cierta facilidad los crímenes en atención al daño infringido a la sociedad. Sin embargo, al exponer la necesidad de proceder a una gradación paralela de las penas, a las que él denomina "estorbos políticos", topa de frente con la dificultad que para él supone trasladar una proporcionalidad entendida como concepto "geométrico" al ámbito de las "acciones humanas" 55.

El pensador italiano reacciona ante esa dificultad con un cierto conformismo, proponiendo una "proporcionalidad de mínimos" que se traduce en una doble exigencia: que no se castigue al delito más grave con la pena más liviana ni viceversa y que no se penen dos delitos de distinta gravedad con igual pena, pues el autor escogería cometer el crimen más grave en atención al mayor beneficio que le reportaría. Para ello, relaciona una serie de penas con la lista de delitos, con un aire de cierta reciprocidad aristotélica, al sugerir que los delitos contra la persona sean castigados con penas corporales los hurtos con penas pecuniarias, las infamias con la desaprobación pública o los desórdenes públicos con el ostracismo<sup>56</sup>.

Beccaria sufrió las inclemencias del sistema que denunciaba, debido a que su padre, quien desaprobaba su relación con Teresa de Blasco, lo delató, provocando su ingreso en prisión en 1760<sup>57</sup>. Esa experiencia le lleva a plantear la exigencia de la presencia de un elemento que resulta clave para delimitar la idea de la proporcionalidad de las penas: que sean "dulces". El motivo que esgrime es el de que una pena desproporcionada tendrá un efecto contraproducente, pues suscitará un mayor empeño del autor en eludirla e incrementará del riesgo de reincidencia. Si una persona se enfrenta al tormento de la tortura y la posterior ejecución por un simple hurto, no verá posibilidad alguna de redención y procurará por todos los medios sustraerse a la acción de la justicia, al tiempo que no sentirá motivación alguna para no delinquir, pues el castigo será el mismo para un hurto que para cien homicidios: la muerte.

De entre todas las penas, la capital es para Beccaria la más desproporcionada, no sólo porque entonces se aplicaba a crímenes de muy

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> "Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas" BECCARIA, C., referencia 50, p. 26. En ese sentido, *cfr.* MORENO CASTILLO, M.A., referencia 46, p. 102.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> BECCARIA, C., referencia 50, p. 63.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> LEYVA ESTUPIÑÁN, M.A. y LUGO ARTEAGA, L. La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno. En: *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia, 2015, vol. 36 nº 101, p. 136.

distinta gravedad, desvirtuando la función de la pena<sup>58</sup>, sino por su inhumana ejecución<sup>59</sup>. Para Beccaria, la muerte es un castigo que debería reservarse a dos supuestos concretos: cuando el delito o el autor pongan en peligro a la nación y cuando la muerte del reo "contuviese" a otros en el deseo de delinquir<sup>60</sup>.

## 2.3.4. La proporcionalidad en el proceso

Beccaria fue el primer autor que, de manera relevante, trasladó el principio de proporcionalidad del derecho sustantivo al procesal. Hasta ese momento, la proporcionalidad se proponía para la definición de la pena en abstracto y para la delimitación del concreto castigo. Pero Beccaria reconoce que es difícil hablar de un castigo justo si el proceso judicial seguido para su imposición es desproporcionadamente largo. En consecuencia, la aplicación del principio proporcionalidad al derecho procesal aparece en *Dei delitti e delle pene* con relación a la duración del proceso y unida al instituto de la prescripción. De forma novedosa, el autor milanés expone que, cuanto más grave sea el delito, menor debería ser la duración del proceso y mayor el plazo de prescripción.

En el siglo XVIII, los acusados de un delito habitualmente eran mantenidos en cautiverio durante la investigación. Si el delito era grave, la estancia en las prisiones llevaba aparejada la aplicación de tormentos para obtener la confesión. En consecuencia, la situación de esos "presos provisionales" equivalía en la práctica a la imposición de una pena definitiva. Ese "tiempo de examen" debía disminuir para los crímenes más graves, pues Beccaria presume que la probabilidad de inocencia aumenta en proporción a la gravedad del delito. En contrapartida, el plazo de prescripción será mayor para garantizar una menor impunidad de los delitos más graves<sup>61</sup>.

## 2.3.5. Conclusión

Se ha defendido en epígrafes anteriores el argumento de que el principio de proporcionalidad presenta una extensa dimensión tanto académica como temporal. Sin embargo, para numerosos autores, sigue siendo la Ilustración y, dentro de ella, Beccaria, el mayor referente para el estudio de la proporcionalidad desde la óptica de la Historia del Derecho. En una época en la que Europa sufre el recuerdo de recientes conflictos bélicos y religiosos, la Ilustración fija su

<sup>&</sup>quot;Cualquiera (por ejemplo) que viere determinada la misma pena de muerte contra al que mata un faisán, y contra el que asesina a un hombre o falsifica un escrito importante, no hará diferencia entre estos delitos, destruyéndose así los sentimientos morales... para cuya producción se creyeron necesarios la ayuda de los más sublimes motivos y tanto aparato de graves formalidades", BECCARIA, C., referencia 50, p. 95.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Sin ir más lejos, en España se ejecutaba por vivicombustión, lapidación, decapitación, horca, aspamiento en rueda, despeñamiento etc. ALVARADO PLANAS, J., referencia 44, p. 20

<sup>60</sup> BECCARIA, C., referencia 50, pp. 72-73.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> BECCARIA, C., referencia 50, pp. 81-86.

atención en un Derecho penal ajeno a los nuevos ideales de razón y justicia, y también a la necesidad de paz y coherencia legislativa<sup>62</sup>.

La obra de Beccaria es clave para entender el principio de proporcionalidad como elemento nivelador entre crimen y castigo. Ese es el centro de gravedad de un principio que debe utilizarse tanto en el momento de legislar como en el de aplicar el Derecho. Los principios de legalidad e igualdad devendrán fútiles e inservibles si las penas escogidas para cada delito son desproporcionadas. La aplicación del principio de proporcionalidad en las reglas de funcionamiento del proceso adquiere relevancia en la obra de Beccaria, pues de nada servirían unas penas proporcionadas si se impusieran a resultas de un proceso de duración, aplicación y resultado desproporcionados. Beccaria extiende así la aplicación del principio de proporcionalidad al derecho procesal, a través de la recomendación ya analizada de la duración del principio de proporcionalidad, reclamando expresamente la dulcificación de las penas para evitar la impunidad y la reincidencia, convirtiendo el principio de proporcionalidad en un instrumento humanizador del Derecho.

Como dificultad, Beccaria choca de frente con la naturaleza claramente axiológica de un principio cuya aplicación conlleva una concreción objetiva de elementos difíciles de mesurar, como las acciones humanas. Surge la evidente dificultad que supone concretar la proporcionalidad al formular la pena correspondiente a cada delito. Para evitar que esas dificultades acarreen una huida de la proporcionalidad y una vuelta a la oscuridad, la tiranía y la inhumanidad, los poderes podrán siempre conformarse con una proporcionalidad de "mínimos".

## 3. El constitucionalismo alemán

# 3.1. De Beccaria a la "Ley de Bonn"

Para los autores ilustrados, la aplicación del principio se centraba fundamentalmente en el Derecho penal. La propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recogió el principio en su artículo octavo al proclamar que "la ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias" <sup>64</sup>. El principio de proporcionalidad adquirió entonces

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> ANTÓN SANCHO, A. Las ciencias de la naturaleza, el derecho y la moral europeas en la Ilustración. En: *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*. Madrid: Instituto Política Social, 2012, nº 18, pp. 42-54.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Curiosamente el vigente y criticado art. 324 LECrim. introduce en España una norma de limitación de la duración del proceso. De igual forma, el art. 21.6º del CP recoge la atenuante por analogía de dilaciones indebidas.

<sup>64</sup> PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V. L. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada

una dimensión punitiva, pasando a convertirse en un elemento capaz de moderar y humanizar el *ius puniendi*. Ante las atrocidades de un sistema penal caduco, los autores ilustrados proponían penas más acordes al daño infringido, más *proporcionadas*. Beccaria, en particular, llega a formular el principio de proporcionalidad en unos términos que perduran hasta nuestros días<sup>65</sup>. Esta dimensión punitiva de la proporcionalidad influyó en su extensión al llamado Derecho de policía, una rama del Derecho administrativo a través de la que el Estado también ejercita su musculatura punitiva.

A finales del Siglo de las Luces, el pensador Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), artífice principal del Código Civil Prusiano –promulgado en 1794-, se convirtió en uno de los mayores contribuyentes a la teoría moderna del principio de proporcionalidad, pese a que nunca emplearía ese término<sup>66</sup>. Al interpretar el artículo 10 del apartado II del Título 17 del citado Código Civil Prusiano de 1794<sup>67</sup>, Svarez señalaría que el Estado únicamente puede limitar la libertad de los ciudadanos si con ello garantiza la libertad y la seguridad del resto y que el presupuesto de esa limitación consiste en que el perjuicio que sufre la sociedad debe ser considerablemente mayor que el daño que sufre el individuo cuya libertad se restringe. Si esa diferencia no es obvia, la libertad individual debe siempre prevalecer<sup>68</sup>.

El modelo liberal decimonónico trajo consigo un refuerzo de las libertades individuales frente a las injerencias del Estado<sup>69</sup>. Fue en la Prusia del siglo XIX<sup>70</sup> donde se produjo lo que BERNAL PULIDO califica como la primera migración del principio de proporcionalidad, que pasó de ser un principio de la filosofía del derecho a un criterio jurídico directamente aplicable<sup>71</sup>. La aplicación del principio de proporcionalidad se produjo con relación a la actuación policial<sup>72</sup>, exigiendo

alemanas. En: *Revista del Poder Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1990, nº 17 (Segunda Época), p. 69.

<sup>65</sup> Como recoge PEDRAZ PENALVA, "En cuanto a su contenido" el principio de proporcionalidad formulado por Beccaria "es prácticamente análoga su consideración por la mayoría de los penalistas actuales", en PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 89

<sup>66</sup> BARAK, A., referencia 7, p. 178.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Dicho precepto establecía que "La policía adoptará las medidas necesarias para mantener la paz pública, la seguridad y el orden", tal como recoge BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 245.

<sup>68</sup> BARAK, A., referencia 7, p. 177.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> PERELLÓ DOMÈNECH, I. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Madrid: Jueces Para la Democracia, 1997, nº 28, p. 69.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p, 70

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 245.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> "La policía no debe andar a cañonazos contra los gorriones", FLEINER, F. *Instituciones de Derecho administrativo*. Barcelona: Labor, 1933. p. 324.

que la misma persiguiera siempre fines legítimos, que fuera necesaria y que se ejerciera en proporción a la perturbación. No obstante, el término proporcionalidad no se usaría hasta finales del siglo XIX, y sería el Tribunal Superior Administrativo de Prusia el encargado de desarrollar la doctrina del principio hasta el advenimiento del III Reich<sup>73</sup>. En definitiva, si para Beccaria – y, por ende, para el Derecho penal moderno – la proporcionalidad se presenta como una herramienta limitadora del *ius puniendi*, capaz de dotarlo de un cierto humanismo, en el Derecho administrativo prusiano tal principio se revela como un límite jurídico<sup>74</sup> a la discrecionalidad.

Posteriormente, el Tribunal Superior Administrativo extendió la aplicación del principio de proporcionalidad a la actividad administrativa en general, en lo que BERNAL PULIDO considera la segunda migración del principio de proporcionalidad<sup>75</sup>, especialmente en materia de prestaciones y de planificación urbanística<sup>76</sup>. En la jurisprudencia de esa época, el Tribunal Superior fundamentó el principio de proporcionalidad en el subprincipio de necesidad, asegurándose que los límites a la libertad se aplicaran a través del medio menos gravoso<sup>77</sup>.

## 3.2. La "Ley de Bonn" y el triple test alemán

Tras la Segunda Guerra Mundial, Alemania fue ocupada por las tropas Aliadas y dividida en cuatro sectores. Bajo el auspicio y control de las potencias ocupantes, la parte del territorio Alemán correspondiente a las zonas francesa, británica y estadounidense se dotó de una Ley Fundamental, que fue promulgada el 23 de Mayo de 1949, por la que se reconocía un catálogo de derechos fundamentales<sup>78</sup> y se constituía un Tribunal Constitucional Federal<sup>79</sup> que, entre sus funciones, se encargaría de fiscalizar la constitucionalidad de las

Por ejemplo, el Tribunal Superior Administrativo Prusiano declaró ilegal por desproporcionada una medida de cierre de local por violación reiterada de la licencia de venta de bebidas alcohólicas. BARAK lo atribuye a Gunther Heinrich von Berg, en BARAK, A., referencia 7, pp. 177-178.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> PERELLÓ DOMÈNECH, I., referencia 69, p. 69.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> BERNAL PULIDO, C., referencia 6, pp. 246-249.

SIEIRA MUCIENTES, S., La interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional: el principio de proporcionalidad. En: ALVAREZ VELEZ, M. I. Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004. p. 42.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 247.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Arts. 1-19, 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental Alemana

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Arts. 93 y 94 de la Ley Fundamental Alemana

limitaciones que la autoridades públicas impusieran a los derechos fundamentales individuales<sup>80</sup>.

STONE SWEET y MATHEWS sostienen que el Tribunal Constitucional alemán comenzó a utilizar el principio de proporcionalidad porque "los componentes básicos" del mismo "ya se encontraban presentes en la cultura jurídica alemana"<sup>81</sup>; para el Alto tribunal alemán, todos los derechos fundamentales están unidos por el principio de proporcionalidad, pues todos ellos son derechos relativos, excepto el de dignidad humana, que es absoluto<sup>82</sup>. En consecuencia, los derechos fundamentales relativos deben ponderarse con relación a otros derechos y la herramienta para ello es el criterio de proporcionalidad, que se convierte para ALEXY en la "forma específica de la aplicación" de los demás principios<sup>83</sup>.

Desde el punto de vista de la aplicación práctica del principio de proporcionalidad, la principal aportación del constitucionalismo alemán es la introducción del llamado "triple test alemán", que consiste en la formulación de tres subprincipios que integran el de proporcionalidad: el de adecuación o idoneidad –*Geeignetheit-*, el de necesidad o exigibilidad –*Erforderlichkeit-* y el de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto –*Proportionalität-*84.

El primer subprincipio, el de idoneidad, implica no sólo la no adopción de medios inidóneos, sino que la medida adoptada sea la más adecuada para la obtención del fin que se persigue, pues para el Tribunal Constitucional alemán<sup>85</sup>, las medidas previstas en una norma serán a priori "correctas constitucionalmente mientras no sean desvirtuadas"<sup>86</sup>. El subprincipio de idoneidad es de uso poco frecuente en la jurisprudencia constitucional<sup>87</sup>, pues se refiere estrictamente a la utilidad de la medida así como a la razonabilidad del medio empleado; sin embargo, en el plano normativo, el subprincipio de idoneidad obliga a definir una medida que sea útil para la finalidad concreta. Así, el embargo y apremio en subasta pública de los bienes propiedad del deudor constituye en abstracto una

<sup>80</sup> BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 250.

<sup>81</sup> BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 250.

<sup>82</sup> BARAK, A., referencia 7, pp. 179-180.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> ALEXY, R. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. En: *Revista española de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, nº 91, p. 13.

PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 76.

<sup>85</sup> ALEXY recoge como ejemplo de medida inidónea la exigencia por una ley alemana de exigir aprobar un examen de tiro para los que solicitaban licencia de caza y aquellos que la solicitaban únicamente de cetrería. El tribunal constitucional alemán falló que no era idóneo exigir examen de tiro para aquellos que cazaban utilizando aves rapaces. Vid. ALEXY, R., referencia 83, p. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p, 77.

ALEXY, R., referencia 83, p. 14.

medida idónea para satisfacer el crédito impagado reclamado por el acreedor; por el contrario, acordar la prisión del deudor no sería idóneo pues devendría inútil para satisfacer la deuda judicialmente exigida.

El segundo de los subprincipios introducidos por el constitucionalismo alemán es el de exigibilidad o necesidad. Una vez estudiada la idoneidad de la medida, el segundo nivel conduce al análisis de su necesariedad, en el sentido de averiguar si existe otra medida alternativa que lesione en menor medida el otro derecho en conflicto. Se busca por tanto el medio menos gravoso, pero igualmente eficaz<sup>88</sup>. Analizado desde el punto de vista de del ordenamiento procesal español<sup>89</sup>, la necesidad de una medida como la del embargo y posterior apremio vía subasta pública de la vivienda del deudor, puede resultar idónea – adecuada- pero no necesaria. Esa innecesaridad puede sobrevenir por existir otro objeto susceptible de embargo y apremio que resulte menos gravoso –por ejemplo, el salario, o las cuentas corrientes– o por existir otro medio que recaiga sobre el mismo objeto pero que sea menos gravoso –la administración para pago, por ejemplo-.

Por último, el test alemán formula el tercer subprincipio como el de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, a través del cual se procede a valorar la invasión en el ámbito de un derecho provocada por la necesidad de salvaguardar la integridad de otro. Se trata de averiguar si medidas idóneas y necesarias invaden en exceso la esfera de un derecho, poniendo en un plato de la balanza el derecho -fundamental o de cualquier otra naturaleza- y, en el otro, los intereses generales o particulares que se tratan de salvaguardar. Según recoge PEDRAZ PENALVA, el Tribunal Constitucional alemán, en su doctrina sobre el de ponderación, desarrolla dos criterios subprincipio que resultan fundamentales para este trabajo: cuanto más "sensible" sea la conculcación de un derecho fundamental, más "relevantes" deben ser los intereses generales que se tratan de proteger. Y cuanto más relevantes sean esos intereses, más justificada resultará una mayor intromisión en la esfera del derecho fundamental afectado<sup>90</sup>.

Para la aplicación del subprincipio de ponderación, el alto Tribunal alemán descarta la aplicación de un criterio puramente físico –la fórmula del peso<sup>91</sup>- y procede en su lugar a una gradación de los derechos en cuatro niveles distintos, situando a la libertad en el primer grado, la integridad física y moral, la inviolabilidad corporal, la intimidad personal, el secreto de comunicaciones, la

<sup>88</sup> PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 77.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 592.1 recoge el subprincipio de necesidad al ordenar que el Letrado de la Administración de Justicia acuerde el embargo de aquellos bienes "procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado".

<sup>90</sup> PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 81.

<sup>91</sup> ALEXY, R., referencia 83, pp. 15-19.

inviolabilidad del domicilio y la libertad de residencia en el segundo nivel; la propiedad y la libertad profesional en el tercer nivel; y, por último, otros derechos como la libertad de ejercicio profesional.

En resumen, el desarrollo del principio de proporcionalidad llevado a cabo por la jurisprudencia constitucional alemana se centra en su uso como herramienta limitadora del poder<sup>92</sup> y se incardina en el concepto de relatividad de los derechos fundamentales, que conduce a ponderar el alcance de la lesión que pude sufrir uno de esos derechos para salvaguardar la integridad del otro.

## 4. La proporcionalidad en el sistema constitucional español

# 4.1. La proporcionalidad en la doctrina constitucional española

La consagración del principio de proporcionalidad, entendido como "herramienta hermenéutica" <sup>93</sup>, no aparece en el texto constitucional español, sino que se construye jurisprudencialmente, ya desde las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional <sup>94</sup>, si bien para algunos autores no será recogido de forma exacta hasta la STC 66/1995 <sup>95</sup>. En una primera época, el Tribunal constitucional aplicó el principio de proporcionalidad en confusión con el de razonabilidad <sup>96</sup>, hasta el punto de que varias resoluciones empleaban la expresión "proporcionalidad razonable" <sup>97</sup>; el TC recurrió a los principios de razonabilidad y proporcionalidad para enjuiciar la constitucionalidad de las limitaciones de derechos fundamentales, considerándolos como derechos no absolutos <sup>98</sup> y centrándose en dos aspectos sobre la limitación: si sobrepasaba el contenido

<sup>92</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J. El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar. En: Cuadernos de Derecho Público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5, p. 24.

<sup>93</sup> SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, p. 41.

<sup>94</sup> España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm.11/1981

<sup>95</sup> SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, p. 44.

 $<sup>^{96}</sup>$  España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 46/1984 FJ  $2^{\circ}$ 

Entre otras España. Tribunal Constitucional. Sentencia núms. 178/85, 161/87, 196,87, 120/1990.

La STC 11/1981, en su fundamento jurídico séptimo, afirma que "tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos".

esencial del derecho, y por ende resultaba excesiva, y si, aun así, estaba justificada<sup>99</sup>.

A mitad de los años noventa del siglo pasado, el Tribunal Constitucional desvinculó el principio de proporcionalidad del de razonabilidad, que pasó a situarse en ámbito de aplicación del subprincipio de idoneidad o adecuación. La STC 66/1995, de 8 de mayo, reconoció el carácter no absoluto del derecho de reunión y la existencia de límites, establecidos por el propio texto constitucional<sup>100</sup>. Con ocasión de una concentración pública que fue prohibida por la Delegación de Gobierno de Madrid, la Sentencia analizó la proporcionalidad de la orden gubernativa que prohibía la concentración. Para ello, recurre al "triple test" alemán101, preguntándose en primer lugar si la medida era adecuada – idónea – para el fin y, tras contestar afirmativamente a dicha cuestión102, el Alto Tribunal aborda la importancia de los otros "dos requisitos": la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La necesidad se concreta en averiguar "si cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido" y la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, en valorar si la medida era "equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto" 103. A partir de esta Sentencia, el Tribunal Constitucional adopta de forma definitiva el principio de proporcionalidad como herramienta esencial en el control de las invasiones

<sup>&</sup>quot;Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección." STC 11/1981, fundamento jurídico octavo.

<sup>&</sup>quot;el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio Texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. La cuestión de fondo que aquí enjuiciamos es, precisamente, la de la corrección constitucional de la ponderación efectuada por la autoridad gubernativa, confirmada por el órgano judicial, entre el ejercicio del derecho de reunión -en su modalidad de concentración o reunión estática en lugar de tránsito público-y el referido límite constitucional, todo ello desde la perspectiva, propia del caso, de la repercusión de ese ejercicio en la circulación de vehículos por vías urbanas que soportan una importantísima densidad de tráfico." STC 66/1995, FJ 3º.

Para un análisis de aplicación del triple test alemán en la STC 154/2002, ver SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, pp. 46-48.

 $<sup>^{102}</sup>$  "no cabe duda de que la prohibición de la celebración de la concentración permite alcanzar el fin perseguido", STC 66/1995, FJ  $5^{\circ}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 66/1995 FJ 5º

en la esfera de los derechos fundamentales, no solo por parte del poder ejecutivo, sino también de los poderes legislativo<sup>104</sup> y judicial<sup>105</sup>.

Como aspecto importante, debe resaltarse que el Alto Tribunal, pese a acotar el uso del principio de proporcionalidad, circunscribiéndolo al ámbito de los derechos fundamentales<sup>106</sup>, no negaba la posibilidad de "que en algún

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 60-92 ISSN 2603-7173

La STC 55/1996 aborda la posible inconstitucionalidad por desproporcionada de la pena prevista a los objetores de conciencia que rehusaban el cumplimiento de la llamada prestación personal sustitutoria, y para ello recurre de nuevo al principio de proporcionalidad pues "El Tribunal Constitucional (...) ha admitido en diferentes resoluciones la consagración en nuestro derecho punitivo del principio de proporcionalidad y la necesidad de su respeto tanto en la imposición jurisdiccional como en la previsión legislativa de sanciones penales"

En la STC 207/1996, se decidía si un Auto judicial por el que se acordaba una intervención corporal lesionaba o no los derechos fundamentales del afectado. Para ello, el Tribunal Constitucional vuelve a recalcar en el juicio de proporcionalidad, por el que, "según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" STC 207/96 FJ 5º.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> "El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico, 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7°; 173/1995, fundamento jurídico 2°), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos." STC 55/1996 FJ 3º

supuesto concreto, no pudiera argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales" <sup>107</sup>, ya que lo esencial no es la existencia de desproporción entre medios y fines, sino "en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción" <sup>108</sup>.

La extensión de la aplicación del principio de proporcionalidad a otras esferas del ordenamiento constitucional se había producido anteriormente, con la STC 88/1986, que estudiaba la posible inconstitucionalidad de una norma emanada del Parlamento autonómico catalán, por infracción del principio de unidad de mercado<sup>109</sup> del art. 139.2 de la Constitución<sup>110</sup>. A partir de entonces, se produjo la expansión definitiva del principio de proporcionalidad en España, que pasó a convertirse en un "canon constitucional".

# 4.2. La problemática del subprincipio de ponderación

Analizar la idoneidad y necesidad de una medida, resolución o norma, supone una tarea relativamente racional y objetiva; sin embargo, la ponderación o proporcionalidad estricta se sitúa en el terreno de la valoración, con el riesgo evidente de que quien emita el juicio axiológico se arrogue una función que no le es propia: la de legislar<sup>111</sup>. Así sucedió con ocasión de la STC 136/99, que cuestionaba la proporcionalidad de una sanción penal. El análisis de proporcionalidad de la norma superó el *test* relativo a los subprincipios de

 $<sup>^{107}\,</sup>$ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 55/1996 FJ $3^{\circ}$ 

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 55/1996 FJ 3º

<sup>109 &</sup>quot;Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles." STC 88/1986 FJ

Según el art. 139.2 CE, "Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español."

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, pp. 49-54.

idoneidad y necesidad<sup>112</sup>, pero cayó ante "el juicio estricto de proporcionalidad"<sup>113</sup>, convirtiéndose el Tribunal Constitucional en legislador, en lugar de utilizar la ponderación como simple canon de control<sup>114</sup>.

En palabras de BARNÉS, "la proporcionalidad se hace efectiva a través" de los operadores jurídicos, pero jamás podrá utilizarse "para imponer el propio y legítimo concepto de lo que es o no desproporcionado" <sup>115</sup>. Para evitar las críticas que llevan a sugerir que el subprincipio de ponderación competa por entero al legislativo <sup>116</sup>, será necesaria una "tecnificación" <sup>117</sup> del mismo, atendiendo al deseado carácter de "mandato de optimización" <sup>118</sup> que le atribuye ALEXY <sup>119</sup>.

## 5. Conclusión

La aplicación del principio de proporcionalidad al Derecho procesal hace su entrada en el ámbito del proceso penal, en atención a la existencia en el mismo de medidas limitadoras de derechos fundamentales, especialmente el de libertad<sup>120</sup>. Posteriormente pasa a incorporarse al proceso civil, donde aparece, por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares, exigiendo su idoneidad y

<sup>&</sup>quot;Tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista. Se trata de una medida que, con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos de colaboración con una organización terrorista y cooperar así a la consecución de los fines inmediatos de la norma. Más problemas suscita, sin embargo, el juicio de necesidad de la medida y, sobre todo, de proporcionalidad en sentido estricto de la pena mínima que este precepto obliga a imponer." STC 136/99 FJ 27º

Nuestra decisión ha de ser diferente en relación con el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir -y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales-y la gravedad de la pena que se impone -y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales-. La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, p. 53.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J., referencia 92, pp. 20-28.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> MEDINA GUERRERO, M. El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5, p. 129.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J., referencia 92, pp. 33 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> HOLLÄNDER, P., referencia 5, p. 213.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> STONE SWEET, A., y MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism Faculty Scholarship Series. New Haven, 2008, p. 15-17.

Sirva de ejemplo el art. 502.2 LECrim, según el cual "La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional."

necesidad <sup>121</sup>, o al evitar la onerosidad del embargo <sup>122</sup>, y prohibir <sup>123</sup> o limitar <sup>124</sup> que recaiga sobre ciertos bienes.

Además de los reconocimientos normativos apuntados, el principio de proporcionalidad, en virtud de su naturaleza de principio general del derecho, resulta de obligada aplicación en el momento de la adopción de medidas coercitivas<sup>125</sup>, influyendo en los siguientes aspectos:

Revista Acta Judicial nº 8, julio-diciembre 2021, pp. 60-92 ISSN 2603-7173

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Así el artículo 726 exige como características de las medidas cautelares que sean "exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente" y que no sean "susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado".

<sup>122</sup> Según el Artículo 592.1 LEC "Si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado."

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Así, según el art. 606 LEC, son inembargables determinados bienes del ejecutado, en concreto:

<sup>&</sup>quot;1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

<sup>2.</sup>º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

 $<sup>3.^{9}</sup>$  Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

<sup>4.</sup>º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

 $<sup>5.^{\</sup>circ}$  Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España."

De acuerdo con lo previsto en el Artículo 607 LEC. "Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

<sup>2.</sup> Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

 $<sup>1.^{9}</sup>$  Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100..."

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español, ver GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. En: Cuadernos de Derecho Público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5, pp. 191 y ss.

- La elección de la medida concreta. Así, el Juez que instruya una causa por delito en la que se interese una medida privativa de libertad, deberá elegir aquella de ellas que resulte más proporcional.
- La configuración de la ejecución y aseguramiento de la medida adoptada. De ese modo, el Letrado de la Administración de Justicia que haya decretado el embargo de los caballos propiedad del deudor, podrá nombrar como depositario a la persona que resulte más idónea, tal como establece el art. 626.4 LEC.
- La designación del objeto concreto de la medida. En este caso cobra especial relevancia la cláusula que establece el criterio de selección de los bienes y o derechos objeto de embargo contenida en el art. 592 LEC, que acoge claramente el principio de proporcionalidad del embargo, al prescribir que, en caso de que no exista acuerdo entre las partes, serán objeto de embargo aquellos bienes cuya enajenación resulte más fácil y menos onerosa para el deudor. El precepto persigue que la adopción de la traba no suponga una incisión desmedida en el patrimonio del deudor, al tiempo que no se pierda de vista el fin de la ejecución, que no es otro que la total satisfacción de la deuda reclamada por el ejecutante (570 LEC).

En todos esos supuestos, y en cualquier otro, se recurrirá al *triple test* desarrollado por el constitucionalismo alemán, enjuiciando la proporcionalidad de la medida en base a los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación.

- Mediante el subprincipio de idoneidad, se valorará si la medida adoptada es adecuada para conseguir la finalidad correspondiente.
- La aplicación del subprincipio de necesidad buscará la existencia de medidas menos gravosas, o procurará que recaiga sobre objetos que supongan un menor gravamen para quien padece los efectos de la medida.
- En tercer lugar, la prueba de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto deberá realizarse de la forma más objetiva posible, buscando siempre el buen fin del proceso con la inflicción del menor daño posible a los intervinientes.

Debe resaltarse que la aplicación del principio de proporcionalidad permite asimismo la denegación de la medida que resulte desproporcionada, incluso en aquellos casos en los que no exista alternativa o ésta no se haya solicitado. Resulta muy habitual que suceda en los casos de petición de medidas cautelares<sup>126</sup>, donde los Tribunales rechazan la adopción de aquellas medidas que no sean "conducente(s) a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria"; sin embargo, nada impide que, por ejemplo, un Letrado de la Administración de Justicia rechace de plano el embargo de un bien o derecho cuando lo considere desproporcionado,

Los apartados 1º y 2º del art. 726.1 LEC recogen de forma expresa los subprincipios de idoneidad y necesidad, respectivamente.

pues el principio de proporcionalidad, en su calidad de principio general del Derecho, debe inspirar todas las decisiones judiciales.

Por último, el principio de proporcionalidad, al transponerse al ordenamiento procesal, también adopta una vertiente formal, pues implica la exigencia del cumplimiento de unos requisitos extrínsecos, como son la judicialidad y la motivación de la medida.

- La judicialidad debe entenderse desde el punto de vista amplio, ya que las medidas coercitivas son acordadas hoy tanto por jueces y tribunales como por Letrados de la Administración de Justicia.
- El segundo requisito, el de motivación, exigirá que las resoluciones que acuerden la adopción de una medida coercitiva contengan una motivación jurídica que sustente la decisión que se adopte y huyan en la medida de lo posible de resoluciones "tipo" o "modelo" limitadas a la expresión de una motivación genérica.

## 6. Bibliografía

ALEXY, R. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. En: *Revista española de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, nº 91.

ALVARADO PLANAS, J. La ilustración y la humanización del Derecho penal. En: ALVARADO PLANAS, J. (coord.) y MARTORELL LINARES M.A. (coord.). *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2017.

ANTÓN SANCHO, A. Las ciencias de la naturaleza, el derecho y la moral europeas en la Ilustración. En: *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales.* Madrid: Instituto Política Social, 2012, nº 18.

ARANDA FRAGA, F. Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo. En: *Revista DavarLogos*. Libertador San Martín (Argentina): Universidad Adventista del Plata, 2015, Vol. 14, nº 2.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

BARAK, A. *Proportionality. constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5

BAZÁN, C., Apuntes sobre la justicia en la Ética a Nicómaco: Aristóteles para juristas. En: *IUS ET VERITAS*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, nº 30.

BECCARIA, C. De los delitos y las Penas. Madrid: Tecnos, 2008.

BERNAL PULIDO, C. La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En: CARBONELL SANCHEZ, M., FIX-ZAMUDIO, H.,

GONZALEZ PEREZ, L. R. y otros. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

CATTANEI, E. ¿Es justo acusar de homicidio al propio padre por haber dejado morir a un dependiente? Reflexiones sobre los "derechos humanos" en el pensamiento de Platón. En: *Areté: Revista de filosofia*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú: Departamento de Humanidades, 2003, nº 15/1. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arete/article/view/84/85

FERRAJOLI, L. La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Madrid: Jueces Para la Democracia, 2014, nº 79.

FLEINER, F. Instituciones de Derecho administrativo. Barcelona: Labor, 1933.

GARCÍA HOZ, V. *Diccionario Escolar Etimológico*. Barcelona: Editorial Magisterio, 2012.

GARCÍA SOTO, L. *Teoría de la justicia e idea del derecho en Aristóteles*. Tesis doctoral dirigida por Liborio Luis Hierro Sánchez-Pescador. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

GARRIGA ACOSTA, C.A. Capítulo VII. La Ilustración jurídica. En: LORENTE SARIÑENA, M.M (coord.) y VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, J. (coord.). *Manual de historia del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5. https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/515/570

HERRERA, D.A. Analogía y participación en la fundamentación del derecho según Santo Tomás de Aquino. En: *Seminario internacional de investigación de Filosofía del Derecho y Ética*, Universidade Federal do Rio Grande, 8 al 10 de septiembre de 2010.

HOLLÂNDER, P. El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?. En: SIECKMANN, J.R. La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

IPPOLITO, D. El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Revista de Derecho Privado, 2007,  $n^{\circ}$  30. DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.46

JARAMILLO VÉLEZ, L. La ley en Santo Tomás de Aquino. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín (Colombia): Universidad Pontificia Bolivariana, 1951, nº 5-6.

LERNÉS FEBRÉS, S. La justicia y la fuente moral del derecho, aproximaciones críticas a una cuestión filosófica. En: *Vox Juris*. Lima (Perú): Universidad de San Martín de Porres (USMP), 2016, nº 32/2.

LEYVA ESTUPIÑÁN, M.A. y LUGO ARTEAGA, L. La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno. En: *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia, 2015, vol. 36 nº 101.

MEDINA GUERRERO, M. El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5.

MONTESQUIEU, Lettres persanes (102. Usbek a Ibben a Smyrne), en Oeuvres complètes, pref. de VEDEL, G. (Paris, 1964)

MORENO CASTILLO, M.A. Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria, en la evolución del aparato punitivo. En: GARCÍA VALDÉS, C. (dir.). *Historia de la prisión: teorías economistas, crítica*. Madrid: Edisofer, 1997.

MUINELO COBO, J.C. La unidad analógica del término derecho en Aristóteles. En: *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2013, nº. 29

OLIVAR, W. Sobre la justicia en el libro "La República" de Platón. En: *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2008, Vol. 11, número 21.

PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V. L. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas. En: *Revista del Poder Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1990, nº 17 (Segunda Época).

PEDRAZ PENALVA, E. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. En: *La reforma del proceso penal*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.

PERELLÓ DOMÈNECH, I. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Madrid: Jueces Para la Democracia, 1997, nº 28.

PLATÓN, Diálogos. IX Leyes, Libros VII-XII" Introducción, traducción y notas de LISI, F., (Madrid, 1999)

RUBIO LLORENTE, F. El principio de subsidiaridad y el principio de proporcionalidad. En: OREJA AGUIRRE, M. (coord.). *La Constitución Europea*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994.

RUS RUFINO, S. Evolución de la noción de Derecho natural en la Ilustración española. En: *Cuadernos Dieciochistas*. Salamanca: Sociedad Española de Estudios del Siglo XVIII, 2011, nº 2.

SERRANO, E. La teoría aristotélica de la justicia. En: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. México DF: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005, nº 22.

SIEIRA MUCIENTES, S., La interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional: el principio de proporcionalidad. En: ALVAREZ VELEZ, M. I. *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004.

STONE SWEET, A., y MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism Faculty Scholarship Series. New Haven, 2008.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B. El derecho en Santo Tomás de Aquino. En: *Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*. Madrid: Fundación Speiro, 2004 nº 427-428.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.



Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de la exclusiva responsabilidad de los autores. Acta Judicial no comparte necesariamente las opiniones y juicios expuestos en los trabajos firmados.

Las obras se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional:

No se permite un uso comercial de la obra original ni generar obras derivadas (texto legal).



## Director ejecutivo

Fernando Javier Cremades López de Teruel

### **Editor**

Jesús Sancho Alonso

ISSN 2603-7173

www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial

Dirección de comunicación con la Revista revista@letradosdejusticia.es

Para el envío de trabajos deberá registrarse en la página web

Normas de publicación http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial Puede verlas también en la página 95

## **Consejo Editorial**

Rafael Lara Hernández (Presidente del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, España)
Ernesto Casado Rodríguez (Director de la Comisión de Estudios e Informes del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, España)

Fernando Javier Cremades López de Teruel (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Jesús Sancho Alonso (Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de Justicia, España)

José Palazuelos Morlanes (Letrado de la Administración de Justicia del Tribunal Supremo, España)

Isabel Morales Mirat (Letrado de la Administración de Justicia, España)

### Comité Científico

María José Alonso Más (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)

María Luisa Atienza Navarro (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

María Asunción Barrio Calle (Letrado de la Administración de Justicia, España)

José Bonet Navarro (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)

Emiliano Borja Jiménez (Catedrático de Derecho Penal. Universitat de València, España)

María José Cañizares Castellanos (Secretario Coordinador de Almería, España)

Carolina del Carmen Castillo Martínez (Magistrada. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), Profesora Asociada de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Vicente Cuñat Edo (Catedrático Emérito de Derecho Mercantil. Universitat de València, España)

Daniel de la Rubia Sánchez (Secretario Coordinador de Granada, España)

José Ramón de Verda y Beamonte (Catedrático de Derecho Civil Universitat de València, España)

Jesús Estruch Estruch (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Antonio Fernández de Bujan y Fernández (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)

Carmen García Cerdá (Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, España) Pablo Izquierdo Blanco (Magistrado, España)

Francisco Marín Castán (Magistrado. Presidente de la Sala Primera Tribunal Supremo, España)

Alfredo Martínez Guerrero (Letrado de la Administración de Justicia, España)

María Dolores Mas Badía (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Diego Medina García (Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España)

María Pilar Montés Rodríguez (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Manuel Ortells Ramos (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)

Guillermo Palao Moreno (Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universitat de València, España)

Inmaculada Revuelta Pérez (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)

Ricardo Rivero Ortega (Catedrático de Derecho Administrativo, Rector de la Universidad de Salamanca, España)

Ángel Sánchez Blanco (Catedrático Emérito de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga, España)

Remedios Sánchez Ferriz (Catedrática de Derecho Constitucional. Universitat de València, España)

Raúl Sánchez Gómez (Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España)

Antonio Vercher Noguera (Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo del Tribunal Supremo, España)

Rafael Verdera Server (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

# PETICIÓN DE PUBLICACIONES

La Revista Acta Judicial pretende ofrecer un espacio de difusión del estudio e investigación en el campo del Derecho español. La Revista está abierta a todo tipo de trabajos doctrinales relacionados con el Derecho público y privado, tanto en su perspectiva sustantiva como procesal. Puede tener un ámbito y dimensión autonómica, nacional, europea e internacional, debiendo tener, en estos dos últimos casos, claros vínculos con el Derecho español. Si el estudio realizado aparece como Derecho comparado, ambos Derechos tratados deben alcanzar la misma, o análoga, proporcionalidad, relevancia y profundidad de estudio del tema, de modo que el Derecho español no quede relegado y sea su referencia meramente testimonial. Al mismo tiempo, se pretende ofrecer un canal de reflexión y difusión de estudios técnicos sobre nuevas tecnologías y ciberseguridad que tengan aplicación, incidencia o influencia en el Derecho español.

La Revista Acta Judicial tiene una periodicidad semestral, publicándose en los meses de enero y julio.

La revista está abierta a la recepción de artículos originales, hasta el 15 de mayo para el número de julio y el 15 de noviembre para el número de enero.

Se establece un sistema de evaluación de artículos de revisión por pares, en el que intervienen un mínimo de dos evaluadores externos a la entidad editora de la Revista Acta Judicial.

Acta Judicial se edita en Madrid, España, bajo el ISSN 2603-7173

Le agradecemos la difusión que pueda aportar a la revista informando de su disponibilidad y periodo de recepción de colaboraciones a quién considere que puede interesar.

# Normas de publicación

Para publicar en la Revista Acta Judicial, los autores interesados deben enviar sus textos en formato de Word (doc, docx) en cualquiera de sus versiones, a través de la página web de la Revista.

#### 1. Contenido del artículo

Los artículos deben tener una extensión entre 15 y 40 páginas (sin contar los resúmenes, las palabras clave y el sumario), si bien con carácter excepcional se podrá admitir hasta 50 páginas, siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo. Se seguirá estrictamente la plantilla que la Revista pone a disposición del autor, cuyo uso se recomienda para facilitar el trabajo. Consulte la información para autores disponible en la página web de la Revista.

El artículo enviado para su publicación deberá contener los siguientes elementos:

- 1. Título del artículo, en español y en inglés.
- 2. Nombre completo del autor o autores (máximo 4), con indicación de su filiación (profesión o actividad académica) y una dirección electrónica de contacto.
- 3. Un resumen de 250 palabras como máximo (en español y en inglés).
- 4. Palabras clave: entre cinco y diez (con un máximo de 2 líneas), separadas por comas (en español y en inglés).
- 5. Sumario, consistente en los epígrafes y sub-epígrafes del artículo.
- 6. El texto del artículo, en español, incluyendo en él los cuadros y figuras (si las hubiera), con una extensión mínima de 15 hojas y máxima de 40 hojas, o 50 hojas con carácter excepcional y siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo.
- 7. Bibliografía. Al final del texto se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del artículo. Todas las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía. Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según el año de publicación.
- 8. El autor podrá incorporar en el texto o pie de página del artículo palabras o conjunto de palabras con hiperenlaces que considere oportunos (por ejemplo, enlace a normas en el BOE, sentencia en el CENDOJ o Tribunal Constitucional), que quedarán en azul y no tendrán subrayado. Siempre que no sean citas, que deberán tener el formato específico de las citas.
- 9. El autor deberá indicar, al final del artículo, si existe algún tipo de conflicto de intereses relacionado con el artículo. Así mismo deberá señalar si el artículo ha sido realizado gracias a algún tipo de financiación.

### 2. Formato del artículo

La no adecuación a la plantilla de Word establecida para la Revista y que se pone a disposición de los autores (tipo de letra, sangrado, espacios, formatos de edición, estructura,...), es motivo de rechazo directo del artículo presentado, pudiendo ser invitado desde el Comité Editorial a modificarlo según plantilla y enviarlo de nuevo.

A continuación, se establecen una serie de reglas que el autor deberá seguir a la hora de escribir su artículo, así como unas normas sobre el formato que, si no se utiliza la plantilla facilitada por la Revista, deberá tener en cuenta tomando como base el formato que por defecto establece Word:

- **1. Tamaño de hoja**. Los artículos deben estar escritos en un tamaño de hoja A4, con márgenes de 3 cm por cada lado (superior, inferior, izquierdo y derecho), con letra base Palatino Linotype, tamaño 12 puntos y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. En una sola columna. Solo con "sangría especial" en "primera línea" de 1,25 cm (pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word).
- **2. Título del artículo en español.** Debe estar en letra Mayúscula, Palatino Linotype 14, centrado en negrita (con el estilo "Título 1" de la plantilla).
- **3. Título del artículo en inglés.** Debe estar en letra Minúscula, Palatino Linotype 12, centrado en negrita (con estilo "Title in English" de la plantilla).
- **4. Autores**. Debe constar el nombre y apellidos de los autores, en letra Palatino Linotype 12, centrada (con estilo "Título 2" de la plantilla).
- **5. Afiliación autores**. Debe constar la profesión, actividad académica, etc., Palatino Linotype 10, centrada (con estilo "Filiación" de la plantilla).
- **6. Correo electrónico autores**. Debe constar el correo electrónico de contacto del autor, Palatino Linotype 10, centrada (con estilo "Filiación" de la plantilla).
- **7. Resumen y Abstract**. Deberán tener una extensión máxima de 250 palabras, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo "Normal" de la plantilla).
- **8. Palabras clave y Keywords**. Deberán tener entre cinco y diez palabras, tanto en español como en inglés, separadas por comas, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo "Normal" de la plantilla).
- **9. Cuerpo del artículo**. Con letra base Palatino Linotype 12 puntos, justificado y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. Solo con "sangría especial" en "primera línea" de 1,25 cm.
- **10.** Epígrafes y sub-epígrafes. Los títulos de los diferentes apartados (epígrafes y sub-epígrafes) deberán ir en minúscula y negrita precedido de la correspondiente numeración no automática, que seguirán las siguientes pautas:

1.

1.1.

1.1.1.

1.1.1.a.

Al terminar un epígrafe o sub-epígrafe hay que dejar un espacio entre el texto y el epígrafe siguiente.

El título de los epígrafes y sub-epígrafes deben tener activados el "control de líneas viudas y huérfanas" y "Conservación con el siguiente" (en "Paginación" de "Líneas y saltos de página" de la sección "Párrafo" de Word. (Pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word).

- **11. Notas al pie.** Las notas al pie del texto, estarán enumeradas correlativamente al final de cada página (en letra Palatino Linotype 10, justificado, con espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior). Pinche aquí para consultar sobre notas al pie.
- **12. Numeración de página**. Los números de las páginas estarán alineados a la derecha, en fuente Palatino Linotype, tamaño 10.
- **13. Bibliografía.** Al final del texto del artículo, se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del mismo.

TODAS las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía.

Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según año de publicación.

**14. Hiperenlaces**. No tendrán subrayado y quedarán con su característico color azul (según el estilo de la plantilla "Hipervínculo"). En caso de ser una cita, debe tenerse en cuenta el formato específico de las citas.

# 3. El formato de las citas y bibliografías

El formato de las citas bibliográficas deberá seguir la norma ISO 690:2010, cuyo equivalente en español es la norma UNE-ISO 690:2013, que fue traducida por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR).

La norma UNE-ISO 690:2013 (ISO 690:2010) acepta el sistema de notas continuas, que es el sistema que se exige en la Revista Acta Judicial.

- Cita: Se insertan los números en cada nota de forma consecutiva. Si hay diversas citas de un mismo recurso, se usará un número de nota para cada mención que da lugar a la cita.
- Referencia: Se presentan las notas en su orden numérico. Si una nota se refiere a un recurso ya mencionado (recurso citado en una nota anterior), bien se repite la referencia completa o bien se da el número de la nota anterior seguido de los

números de páginas necesarios, etc. (*Ejemplo número nota anterior*: 34 ESPAÑA PEREZ, M.D., referencia 8, p 556.)

- Fuentes de datos: Los datos usados en una referencia deberán tomarse del propio recurso citado (siempre que sea posible). Por orden de preferencia, las fuentes apropiadas serán en primer lugar de la portada (o página de inicio de un sitio web, rótulos de un audiovisual, etc.) y de otras partes de la obra en caso necesario (verso de la portada, la cabecera, etc; cubierta o etiqueta asociada permanentemente con el documento).

Se pueden añadir elementos que no aparezcan en el documento fuente, con el fin de completar la información. Estos elementos deberán ir encerrados entre corchetes [].

# 3.1. A continuación le mostramos ejemplos de referencias bibliográficas que cumplen con la norma UNE-ISO 690:2013.

## Libros impresos y publicaciones monográficas similares con un autor

NOMBRE DEL CREADOR. *Título del libro (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN, ...) (si está disponible)

*Ejemplo*: ESPAÑA PEREZ, M.D. *La división de poderes en la constitución española*. Pamplona: Anagrama, 2004. pp. 25-26. ISBN 55-557960-37-5

## Libros impresos y publicaciones monográficas similares con dos o más autores

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). *Título del libro (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN,...) (si está disponible)

Para las obras con más de tres autores, se recomienda dar todos los nombres. Si se elige no mencionar a todos los autores, se dará el nombre del primer autor seguido de "y otros" o "et al."

*Ejemplo*: THOMPSON, J., BERBANK-GREEN, B. y CUSWORTH, N. *Introducción a la historia del derecho*. Madrid: Taurus, 1988. p. 30.

## Libros electrónicos y publicaciones monográficas en línea

*Ejemplo 1*: PASTOR PRIETO, S. *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial* [en línea]. Tirant Lo Blanch, 2016. [consulta: 15 enero 2017] Disponible en: http://www.tirantonline.com

*Ejemplo 2:* KAFKA, Franz. The Trial [en línea]. Translated by David WYLLIE. Project Gutenberg, 2005. [consulta: 5 junio 2006]. Disponible en: http://www.gutenberg.org/dirs/etext05/ktria11.txt

# Capítulo de libro (referencias a contribuciones dentro de publicaciones monográficas impresas)

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución. En: NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES) *Título (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN...) (si está disponible)

*Ejemplo*: GONZALEZ VEGA, F.J. La letra de cambio. En FERNÁNDEZ TORREJÓN, J.A. (coord.) *Manual de derecho mercantil*. Granada: Comares, 2014, pp. 162-179.

# Capítulo de libro en línea (referencias a contribuciones dentro de publicaciones monográficas en línea)

*Ejemplo:* NATIONAL RESEARCH COUNCIL [U.S.], *Committee on the Training Needs of Health Professionals to Respond to Family Violence. Current Educational Activities in the Health Professions.* En: *Confronting Chronic Neglect: The Education and Training of Health Professionals on Family Violence* [en línea]. Washington DC: National Academy Press, 2002, pp. 35-44 [consulta: 23 junio 2006]. Disponible en: http://darwin.nap.edu/openbook.php?record id=10127&page=35

## Artículo de revista (publicaciones seriadas impresas)

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución En: Título de la publicación seriada fuente (cursiva). Edición. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISSN, ...) (si está disponible)

*Ejemplo*: LÓPEZ CASTRO, A. La fe pública judicial. En: *Revista de Derecho Político*. Madrid: UNED, 1998, no. 84, pp. 173-194.

## Artículo de revista en línea (contribución dentro de una publicación seriada en línea)

*Ejemplo*: SALVADOR-OLIVÁN, J.A., MARCO CUENCA, G., ARQUERO AVILÉS, R. Impacto de las revistas españolas de Biblioteconomía y Documentación y repercusión de las autocitas en su índice h. En: Revista Investigación Bibliotecológica: archivonomía, bibliotecología e información, vol. 32, núm. 77, octubre/diciembre, 2018, México. pp. 13-30. [consulta: 01 noviembre 2018] ISSN: 2448-8321. Disponible en: http://revib.unam.mx/ib/index.php/ib/article/view/57852/51944

## Referencia a publicación seriada en línea

Nombre publicación (cursiva) [en línea]. Luchar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución) [consulta: fecha]. Identificador normalizado (ISSN, ...) (si está disponible). Disponible: enlace a la publicación

*Ejemplo1 : Acta Zoologica* [en línea]. Oxford, U.K.: Blackwell Publishing Ltd., January 2006, vol. 87, issue 1 [consulta: 6 julio 2006]. Academic Search Premier. EBSCOhost Research Databases. ISSN 0001-7272. Disponible en: http://search.epnet.com

*Ejemplo 2: AJET: Australasian Journal of Educational Technology* [en línea]. Australia: ASCILITE, Winter 2000, vol. 16, no.2 [consulta: 23 octubre 2003]. ISSN 0814-673X. Disponible: http://www.ascilite.org.au/ajet/ajet16/ajet16.html

## Contribución a las Actas de un Congreso

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución. En: Título de la publicación fuente (cursiva). Edición. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (si está disponible)

*Ejemplo*: DE OCAÑA LACAL, D. Los archivos judiciales ante el reto de las nuevas tecnologías. En: *Congreso de archivos judiciales en Sevilla en mayo de 2007*. Sevilla, Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, 2007. pp. 98-101.

## Legislación

País. Título. Publicación, fecha de publicación, número, páginas.

Ejemplo: España. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

También puede consultar las normas de publicación en la página web, pulsando aquí.

Los autores ceden los derechos de transformación, reproducción y comunicación pública de los textos completos de sus artículos a efectos de su inclusión en la base de datos de Dialnet, así como en otras necesarias para garantizar el impacto de las obras.



http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial

# revista@letradosdejusticia.es

Dirección postal
Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia
Edificio del Tribunal Supremo
Planta baja, Despacho B-17
C/ Villa de París s/n
28004 Madrid

La Revista Acta Judicial y su signo distintivo son marcas registradas