

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
(CHILE)

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACIÓN DE LA
FACULTAD
DE DERECHO

ISSN 0716-7725 versión impresa
ISSN 0719-8442 versión en línea



VALPARAÍSO

Nº 76

PRIMER SEMESTRE DE 2020

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES
FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR

AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI

EDITORA JEFE

PAMELA PRADO LÓPEZ

SECRETARIA DE REDACCIÓN

GENOVEVA ODDERSHEDE ROJAS

COMITÉ EDITORIAL

Antonio Bascuñán Valdés, Universidad de Chile, Chile
Joaquín García-Huidobro Correa, Universidad de los Andes, Chile
Roberto Gargarella, Universidad Torcuato di Tella, Argentina
Cecilia Medina Quiroga, Universidad de Chile, Chile
Carlos Peña González, Universidad Diego Portales, Chile
Fernando Quintana Bravo, Universidad de Chile, Chile
Alfonso Ruiz Miguel, Universidad Autónoma de Madrid, España

COMITÉ ASESOR

Fernando Atria, Universidad de Chile, Chile
Rodrigo Coloma Correa, Universidad Alberto Hurtado, Chile
Jaime Couso Salas, Universidad Diego Portales, Chile
Daniela Accatino Scagliotti, Universidad Austral de Chile, Chile
NICOLÁS ESPEJO YAKSIC, unicef, CHILE
Ximena Fuentes Torrijo, Universidad de Chile, Chile
María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá, España
Pedro Guell, Universidad Alberto Hurtado, Chile
José Luis Guzmán Dalbora, Universidad de Valparaíso, Chile
Ian Henríquez Herrera, Universidad de los Andes, Chile
Hugo Herrera Arellano, Universidad Diego Portales, Chile
Claudio Nash Rojas, Universidad de Chile, Chile
Carlos Pizarro Wilson, Universidad Diego Portales, Chile
David Quintero Fuentes, Universidad Diego Portales, Chile
Pablo Ruiz-Tagle Vial, Universidad de Chile, Chile
Ricardo Saavedra Alvarado, Universidad de Valparaíso, Chile
Cristina Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid, España
Richard Stith, Valparaíso University o Law, EE.UU.
Yanira Zúñiga Añazco, Universidad Austral de Chile, Chile
Alejandra Zúñiga Fajuri, Universidad de Valparaíso, Chile

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

Representante legal: Profesor Alberto Balbontín Retamales, Decano de la Facultad de Derecho.
Director: Profesor Agustín Squella Narducci.
Subdirector: Profesor Aldo Valle Acevedo. Dirección Postal: Av. Errázuriz 2120, casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

E-mail: rcienciassociales@gmail.com

INDICE

PRESENTACIÓN.....	9
ESTUDIOS:	
MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: <i>El valor de la información obtenida mediante delación premiada para acordar medidas cautelares.....</i>	13
JUAN PABLO MAÑALICH: <i>La responsabilidad del superior bajo la ley 20.357.....</i>	49
PALOMA ARRABAL PLATERO: <i>Las diligencias de investigación tecnológica en el proceso penal español.....</i>	69
WALTER REIFARTH MUÑOZ: <i>A vueltas con la utilidad del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo.....</i>	111
SEM SANDOVAL REYES: <i>Las medidas coercitivas alemanas (en sentido restringido) como equivalentes a las diligencias de investigación en el procedimiento penal.....</i>	149
DAVID RODRÍGUEZ GUERRA: <i>El daño moral de los dueños por ataques en sus mascotas.....</i>	173
MAURICIO MATUS LÓPEZ: <i>Los cuidados a la dependencia en un nuevo horizonte constitucional para Chile.....</i>	199
JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO <i>Libertad de expresión: apuntes sobre su reconocimiento y contenido en el trabajo.....</i>	225
RECENSIÓN	
<i>Rodrigo Gatica Peñaloza “RECENSIÓN: SCHAFFSTEIN, Friedrich: El Derecho penal de la Constitución Criminal Carolina.....</i>	239
NORMAS EDITORIALES	
NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES.....	245

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso presenta un nuevo volumen de la Revista de Ciencias Sociales. Este número está conformado por ocho artículos especializados. El primero, de la profesora titular de Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante, España, Mercedes Fernández López, que lleva por título “El valor de la información obtenida mediante delación premiada para acordar medidas cautelares” que analiza el alcance de los acuerdos premiales para obtener información con que se desarticulan bandas y grupos criminales, con énfasis en los requisitos para la incorporación a la causa de la información ofrecida por el investigado colaborador y en su eficacia procesal. En segundo lugar, el artículo “La responsabilidad del superior bajo la ley 20.357”, del Director y profesor Titular del Departamento de Ciencias Penales, de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Juan Pablo Mañalich, que lleva a cabo una reconstrucción dogmática de la regla sobre responsabilidad del superior, establecida en el art. 35 de la Ley 20.357, perfilando sus particularidades frente a la correspondiente regla plasmada en el art. 28 del Estatuto de Roma. A continuación, el artículo “Las diligencias de investigación tecnológica en el proceso penal español”, de la profesora de Derecho Procesal de la Universidad Miguel Hernández, Departamento de Ciencia Jurídica, Alicante, España, Paloma Arrabal Platero, que tiene por objeto estudiar críticamente las diligencias de investigación tecnológica en pro de una instrucción más moderna y digital, introducida a fines del año 2015 por el legislador español, mediante una modificación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cuarto lugar, el artículo “A vueltas con la utilidad del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo”, del profesor investigador en formación de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Walter Reifarth Muñoz, que examina la reforma del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, especialmente en lo que refiere a los aspectos procedimentales y al interés casacional objetivo. Luego, el artículo “Las medidas coercitivas alemanas (en sentido restringido) como

equivalentes a las diligencias de investigación en el procedimiento penal”, del Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso (Chile), LL.M y doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, Sem Sandoval Reyes, que aborda las “medidas coercitivas” alemanas, y explica por qué, en un sentido restringido, podría establecerse una equivalencia entre ellas y las “diligencias de investigación”. En seguida, el artículo “El daño moral de los dueños por ataques en sus mascotas”, del Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Civil Patrimonial Universidad Diego Portales, David Alejandro Rodríguez Guerra, que reflexiona acerca del daño moral que padecen los dueños de las mascotas por las lesiones padecidas por estas últimas, especialmente atendida la normativa reciente de tenencia responsable de animales. Posteriormente, el artículo “Los cuidados a la dependencia en un nuevo horizonte constitucional para Chile”, del profesor del Departamento de Economía, Métodos Cuantitativos e Historia Económica de la Universidad Pablo de Olavide, España, Mauricio Matus López, que analiza el diseño e implementación de las políticas de cuidado a la dependencia, con una perspectiva desde la experiencia internacional, para el análisis de la situación nacional. El último artículo es “Libertad de expresión: apuntes sobre su reconocimiento y contenido en el trabajo”, del profesor José Luis Ugarte Cataldo, Profesor e Investigador de la Universidad Diego Portales, que precisamente estudia la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones de trabajo y sus límites, con énfasis en el derecho chileno. Finalmente, la recensión “Schaffstein, Friedrich: El Derecho penal de la Constitución Criminal Carolina”, de Rodrigo Gatica Peñaloza, ayudante de Derecho Penal de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta.

Como siempre, manifestamos nuestros agradecimientos a todas y todos los que colaboran para que la Revista de Ciencias Sociales se edite, especialmente a los autores chilenos y extranjeros que nos confían sus trabajos; a los miembros del Comité Editorial y Asesor; a los evaluadores externos que acreditan la calidad de los artículos publicados; y, por último, a la labor fundamental que cumplen los diseñadores, diagramadores, correctores de prueba y personal del taller de imprenta del sello EDEVAL.

Editora Jefe

ESTUDIOS

**EL VALOR DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA
MEDIANTE DELACIÓN PREMIADA PARA ACORDAR
MEDIDAS CAUTELARES.**

*THE VALUE OF THE INFORMATION OBTAINED THROUGH
AWARDED DELATION TO AGREE TO PRECAUTIONARY
MEASURES.*

MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ*

Resumen

El uso de mecanismos premiales para obtener información con la que desarticular bandas y grupos criminales se ha revelado como un instrumento especialmente eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada. En todos los sistemas penales se han introducido (o se está en vías de introducir) elementos a través de los que canalizar acuerdos de colaboración o ciertos beneficios penales con los que incentivar que investigados conocedores de información relevante la aporten al proceso. Sin embargo, no todos ellos garantizan su compatibilidad con las garantías procesales de otros investigados que resultan inculcados a cambio de acuerdos o beneficios penales ni ofrecen información fiable. En particular, es necesario determinar el alcance de los acuerdos premiales que pueden adoptarse, las condiciones para su ejecución, las consecuencias de su incumplimiento, el modo en el que ha de obtenerse la información ofrecida por el delator y su eficacia procesal. Este trabajo se centra en este último aspecto, esto es, en los requisitos para la incorporación a la causa de la información ofrecida por el investigado colaborador y en su eficacia procesal para acordar decisiones que puedan afectar a la situación personal y procesal de otros investigados en la misma causa o en causas vinculadas a ella.

Palabras Clave

Delación premiada, coinvestigado, garantías procesales, principio de contradicción, corroboración, medidas cautelares.

Abstract

The possibility to create in criminal process a Leniency Programme, makes necessary to determine the scope of this system to ensure that it's suitable with the norms of due process. Particularly, it requires to determinate the extent of leniency agreements that can be taken, the conditions for its execution, the consequences of non compliance, how should be collected the information provided for the informer or whistleblower and its procedural efficiency. This paper focuses on the last topic, that is, on the requirements to include into criminal process the information provided for the informer and its efficiency to take a judicial interlocutory decision, specially the decisions which may effect the personal and procedural situation of person under investigation.

Keywords

Leniency Programme, co-defendant, due process, audi alteram partem principle, corroboration, judicial interlocutory decisions, precautionary measures.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de contar con medios especiales de investigación está hoy en día fuera de toda duda cuando se plantea en el marco de la persecución de delitos cometidos en el seno de grupos organizados o de delincuencia económica como la que desgraciadamente azota a muchos países en forma de corrupción. Alcanzar el núcleo de tramas delictivas cada vez más complejas solo es posible mediante el empleo de diligencias especialmente invasivas, como son la intervención de las comunicaciones telefónicas, los registros informáticos remotos o la infiltración policial. Medidas todas ellas destinadas a introducirse de la manera más profunda posible en organizaciones criminales para conocer sus entresijos y sus actuaciones delictivas presentes y futuras; para conseguir, en definitiva, su desmantelamiento y la persecución penal de sus integrantes. Los obstáculos con los que se encuentra el Estado para lograr desarticular grupos y organizaciones criminales son notorias y cada vez de mayor

envergadura, sobre todo al amparo de las nuevas tecnologías, que facilitan la creación y el mantenimiento de tales grupos (en muchas ocasiones transnacionales), posibilitan su colaboración con otras organizaciones criminales y multiplican exponencialmente el alcance y efectos de sus actuaciones delictivas. Ello ha favorecido que se salga al encuentro de fórmulas y medios especiales de investigación que permitan incrementar la eficacia de la justicia penal frente a estas formas de delincuencia, tal y como puede comprobarse si se examinan las reformas procesales de los últimos años en muchos países de nuestro entorno cultural.

Y entre todas estas medidas se encuentra la posibilidad de lograr información de primera mano de quienes forman parte del entramado delictivo o poseen información valiosa al haber entrado en contacto con él, bien por haber participado en las relaciones clientelistas habituales en estos casos, bien por haber sido víctimas de sus actuaciones, bien porque pertenecen a otros grupos criminales que han cooperado con la organización investigada o simplemente porque disponen de información por su contacto más o menos directo con miembros de la organización. Cada uno de estos sujetos, con sus especiales características, puede ofrecer datos sustanciales para la investigación, como testigos o como coinvestigados y, en este caso, con un peculiar y reforzado estatuto jurídico que garantiza sus derechos pero que, al tiempo, puede contribuir a poner todavía más en cuestión la fiabilidad de sus declaraciones.

La incontestable eficacia de este canal de información para el enjuiciamiento de formas complejas y organizadas de delincuencia ha sido el caldo de cultivo del interés creciente que hoy despiertan entre los juristas los mecanismos dirigidos a fomentarlo¹, y ha llevado a algunos países a arbitrar sistemas más o menos flexibles de colaboración premiada orientados a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de la delincuencia organizada².

Artículo recibido para su evaluación el 29 de mayo de 2020, y aprobado para su publicación el 20 de julio de 2020.

* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante (España). Email: mercedes.fernandez@ua.es

1 Sirva como ejemplo que la Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que España aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave, establece como eje troncal de la citada estrategia la regulación del colaborador, en tanto figura esencial en la lucha contra este tipo de criminalidad.

2 Ejemplos paradigmáticos de ellos son el procedimiento peruano de colaboración eficaz, regulado en los arts. 472 a 481 del Código procesal penal (reformados por el Decreto

En España, desde donde se escriben estas páginas, la promoción de la colaboración de sujetos implicados en la organización criminal con la policía y los órganos encargados de la instrucción a través de compensaciones procesales, penales y –cuando se trata de testigos- a través de recompensas económicas no se ha generalizado todavía, pero parece en vías de hacerlo³. Un incentivo especialmente directo para hacerlo es la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que debe ser traspuesta antes del 17 de diciembre de 2021⁴.

En la actualidad, la legislación española contempla algunos incentivos⁵ que no van acompañados de una adecuada regulación del proceso

Legislativo núm. 1301, de 19 de diciembre de 2016) y la delación premiada brasileña, regulada actualmente por la Ley 12.850, de 5 de agosto de 2013, modificada por la Ley 13.964, de 2019 (sobre esta última puede consultarse el trabajo de VELLOSO PARENTE, Bruna, CHEQUER FEU ROSA, Júlia y CESAR FABRIZ, Daury: “Colaboração premiada como método de tutela estatal nos crimes de lavagem de dinheiro”. En: *Derecho y cambio social*, núm. 58, octubre-diciembre 2019. Ambos instrumentos han sido clave en la investigación de los casos Odebrecht y Lava Jato. Argentina regula la delación premiada en la Ley 27.304, de 19 de octubre de 2016, conocida como *Ley del arrepentido*. También México, en los arts. 35 y siguientes de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de 7 de noviembre de 1996, prevé diversos incentivos para los colaboradores –implicados o no- en los hechos delictivos.

- 3 Ortiz Pradillo destaca otros, como los programas de clemencia previstos en los arts. 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, que permiten la exención o la reducción del pago de multas a quienes colaboren con la Comisión Nacional de la Competencia en la inspección de un cártel en el que hayan participado, o la posible suspensión del expediente de expulsión abierto contra una mujer víctima de violencia de género que denuncia a su agresor o contra quienes sean explotados por redes dirigidas al tráfico de personas que ofrezcan información sobre sus integrantes. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”. En: *La Ley*, núm. 8560, 12 de junio de 2015 (p. 3 en su versión digital). En el caso chileno, la llamada “delación compensada” en el ámbito de los acuerdos infractores de las normas de competencia permite eludir o reducir notablemente las sanciones administrativas y penales previstas ante conductas colusorias. Igualmente, el art. 22 de la Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, prevé la circunstancia atenuante de cooperación eficaz en el ámbito de estos delitos.
- 4 Con la salvedad de lo dispuesto en el apartado 1 de la Directiva, relativo a la puesta en marcha obligatoria de un canal de denuncias en el ámbito de empresas de entre 50 y 249 trabajadores, para lo que los Estados miembros dispondrán hasta el 17 de diciembre de 2023.
- 5 Por ejemplo, el art. 376 del Código Penal prevé la posible rebaja de la pena a imponer en hasta dos grados a quienes colaboren en la investigación de los delitos de tráfico de drogas. Similar disposición se contiene en el apartado 3º del art. 579 bis para quienes

mediante el que debe canalizarse la colaboración, los acuerdos que pueden alcanzarse, los sujetos que pueden acogerse a ellos ni la eficacia procesal que pueda llegar a tener la información obtenida. Es solo el germen de lo que parece que puede llegar en los próximos años, pues el debate sobre la conveniencia de potenciar la figura del arrepentido o, de forma más genérica, el *whistleblower* o *soplón*, se ha reabierto con fuerza en Europa en los últimos tiempos (como muestra la Directiva antes mencionada), especialmente a partir del estudio de las especialidades procesales de la investigación de la delincuencia empresarial, que ha provocado un interés creciente por el funcionamiento en diversos sistemas procesales (sobre todo en el americano) de los canales de denuncia previstos en los programas de cumplimiento para favorecer el flujo de información de los trabajadores hacia los responsables de la ejecución de tales programas (generalmente el *chief compliance officer*)⁶ o del principio de oportunidad reglada como método para premiar la colaboración mediante incentivos penales, procesales o económicos⁷.

Se trata, sin duda alguna, de una forma legítima y eficaz⁸ de obtención de datos relevantes para poner en marcha la investigación, sustentar la acusación y posibilitar la condena de quienes forman parte de estas organizaciones criminales, y si bien es cierto que en ocasiones se produce una colaboración espontánea y desinteresada, en otros muchos casos es

sean condenados por delitos de terrorismo y colaboren eficazmente con la Justicia, en el art. 305.6 respecto de encausados por delitos contra la Hacienda Pública que colaboren en la averiguación de los hechos o el descubrimiento de otros responsables y en el art. 434 respecto de los delitos de malversación.

- 6 Sobre ello puede verse NIETO MARTÍN, Adán; “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”. En: *La Ley*, nº 8120, 5 de Julio de 2013 y GIMENO BEVIÁ, Jordi: *El proceso penal de las personas jurídicas*, Toledo, 2014 (Tesis doctoral disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%C3%A1.pdf?sequence=1>). pp. 70 ss, en el que se analizan los distintos tipos de incentivos, especialmente los previstos en EEUU, y los modelos de canales de denuncias. También NEIRA PENA, Ana María: “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”. En: *Política criminal*, Vol. 11, No 22, Diciembre 2016, Art. 5. pp. 467-520, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf, realiza un interesante análisis comparado de los canales de denuncia como parte nuclear de los programas de cumplimiento.
- 7 Especialmente sobre los incentivos económicos dirigidos a fomentar la delación, véase GIMENO BEVIÁ, cit., pp. 76 y ss.
- 8 Indispensable para DEL MORAL GARCÍA, Antonio: “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, enero-abril 2016. p. 62.

preciso acudir a sistemas especialmente arbitrados de colaboración, bien en el seno propio del proceso penal, bien en el marco de procedimientos previos o coetáneos a la investigación, mucho más ágiles y flexibles pero también por ello extraños a las garantías propias que han de presidir la instrucción. Este tipo de fórmulas se conocen como métodos de delación o colaboración premiada, por cuanto persiguen lograr la mayor y mejor información posible a cambio de importantes beneficios penales y procesales (en el caso de quienes colaboran siendo coinvestigados o pudiendo llegar a alcanzar esta condición) y/o puramente económicos. Sobre ellos se han publicado trabajos muy interesantes en los últimos años⁹ que han permitido evidenciar las dificultades que estos mecanismos plantean desde dos ángulos. El primero es el relativo a cómo encajar este tipo de medidas especiales de investigación en sistemas procesales apegados firmemente al principio de legalidad. Esta primera dificultad no lo es tanto si pensamos que los mecanismos de colaboración encuentran su razón de ser en la investigación de los casos más graves de delincuencia, de modo que un análisis de política criminal de tipo utilitarista conduce a buscar maneras de flexibilizar el principio de legalidad para incrementar la eficacia de las pesquisas judiciales¹⁰. En efecto, el éxito de las fórmulas de colaboración requiere que el Ministerio Público, amparado en el principio de oportunidad, disponga de cierto margen de maniobra para decidir cuándo, en qué condiciones y con qué límites ejerce la acción penal contra quienes colaboran con la Justicia y al tiempo han participado en la actividad delictiva objeto de investigación, y ello tanto en términos de eficacia del procedimiento de colaboración (buscando el mayor rédito procesal), como

9 No es el objetivo central de este trabajo poner de manifiesto los distintos sistemas premiales o compensatorios que buscan incentivar este tipo de actitudes, tarea de la que se han ocupado con notable repercusión y excelente enfoque otros autores. Sobre esta materia, tanto por lo que respecta al análisis de distintos sistemas de delación como por lo que se refiere a las propuestas de *lege ferenda* que plantean son especialmente recomendables los trabajos de ORTIZ PRADILLO, cit. y “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la Justicia”. En: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1. p. 39-70, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>. Respecto de la colaboración en el marco de la delincuencia empresarial, con especial atención a los canales de denuncia previstos en los programas de *compliance*, resulta de sumo interés el trabajo ya citado de NIETO MARTÍN, cit. Sobre la aplicación de la atenuante específica de arrepentimiento y colaboración prevista en el párrafo primero del art. 376 del Código Penal puede verse SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes: “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”. En: *La Ley*, núm. 7856, 11 de Mayo de 2012.

10 ORTIZ PRADILLO, cit., p. 4.

en términos de seguridad jurídica para quienes, estando involucrados como sujetos activos del delito, deciden colaborar para permitir el enjuiciamiento y condena de sus principales autores, así como la recuperación de los bienes y el producto obtenido con sus actuaciones¹¹. Desde este punto de vista, la flexibilización del principio de legalidad ha de venir de la mano de una adecuada regulación del principio de oportunidad y, en particular, de la previsión detallada de los medios, requisitos y momentos procesales (o previos o simultáneos al proceso) para obtener la información y de los compromisos que el Ministerio Público puede alcanzar, que pueden ir desde la aplicación de beneficios penales (rebaja de la pena e incluso total impunidad), procesales (medidas de protección, no adopción de medidas cautelares), penitenciarios (progresiones de grado, permisos) o económicos. El segundo de los ángulos desde los que cabe observar los procesos de colaboración es el relativo a la eficacia de la información que se obtiene a través de ellos, lo que, a su vez, se proyecta sobre dos ámbitos: en primer lugar, sobre su valor como prueba apta y suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Esta cuestión ha sido ampliamente tratada por doctrina y jurisprudencia a propósito de las condiciones que deben reunir las pruebas personales¹², que son plenamente aplicables a los supuestos en

11 No es una cuestión menor. El procedimiento de colaboración ha de resultar eficaz (examinado en términos de calidad y utilidad de la información obtenida), pero al tiempo ha de asegurar a quienes participen en él unas mínimas garantías de obtener el beneficio comprometido con su colaboración por razones de elemental seguridad jurídica, evitando con ello situaciones como la que tuvo lugar en el caso *Penta*, en el que los delitos tributarios dieron paso a sobornos y financiación irregular de partidos políticos chilenos. Según denunció el letrado de dos de los principales investigados, la fiscalía llegó a un acuerdo con ellos para lograr información a cambio de llevar a cabo un procedimiento abreviado ante el Juez de Garantía (cuyo alcance es similar a la conformidad española e implica, por parte del investigado, el reconocimiento de los hechos y, por parte de la fiscalía, la solicitud de una pena que no exceda los cinco años de privación de libertad). Una vez obtenida la declaración auto y heteroinculpatória de los coinvestigados, la fiscalía chilena habría incumplido el acuerdo alcanzado, solicitando la celebración de juicio oral y la imposición de penas de diez años de prisión. Esta circunstancia dio pie a una situación procesal insólita: la citación por el Juez de Garantía de los fiscales intervinientes en la causa como testigos a petición del letrado de tales coinvestigados con la finalidad de que declaren acerca de los acuerdos alcanzados para, en primer lugar, lograr invalidar las declaraciones de sus clientes al haber sido obtenidas mediante engaño y, en segundo lugar, como medio para apartar a los citados fiscales del conocimiento de la causa.

12 Realicé un análisis del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esta cuestión en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 64, marzo de 2009. pp. 95 ss.

los que tales declaraciones se prestan en el contexto de procedimientos de colaboración.

En segundo lugar, con el término eficacia trato de aludir a su aptitud para fundamentar decisiones interlocutorias o, en otros términos, a su valor procesal en aquellos casos en los que, sin reunir necesariamente los requisitos propios de un acto de prueba, la declaración del colaborador se ha incorporado al procedimiento, generalmente en fase de instrucción y sin alguna de las garantías requeridas para que alcance valor probatorio. En definitiva, es interesante preguntarse acerca de la utilidad de la información obtenida en cada uno de los momentos procesales respecto de las decisiones judiciales interlocutorias que impulsan las actuaciones contra una persona o personas determinadas y no solo respecto de su aptitud para fundamentar una sentencia condenatoria: desde la incoación de las diligencias judiciales a partir del conocimiento de la *notitia criminis* hasta la decisión de apertura del juicio oral, pasando por la práctica de diligencias de investigación o la adopción de medidas cautelares sobre los investigados y sus bienes. Me parece especialmente interesante la cuestión acerca de la posibilidad de acordar medidas cautelares exclusivamente sobre la base de la información obtenida a través de estos procedimientos, más todavía si se analiza desde la perspectiva de su incidencia sobre el derecho a la presunción de inocencia que, como regla de tratamiento procesal -pero también como regla probatoria vinculada a un alto estándar de prueba - ampara al sujeto sometido a ellas.

Este es el objetivo central de las siguientes páginas, dedicadas al tratamiento procesal de la información ofrecida por colaboradores respecto de las decisiones judiciales previas a la sentencia. Presentaré brevemente las distintas fórmulas de colaboración y las condiciones que generalmente se exigen para reconocerles aptitud como prueba de cargo con la finalidad de valorar si tales condiciones son exigibles -y en qué grado- cuando la información se utiliza para fundamentar decisiones interlocutorias, especialmente las que afectan a la situación procesal, personal o patrimonial de alguno de los encausados.

II. INTERROGATORIO Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Antes de abordar el análisis de la declaración del colaborador considero necesario hacer dos advertencias. La primera se refiere a la escasa incidencia de los procesos de colaboración sobre el tratamiento procesal de la información que proporcionan. El empleo generalizado de beneficios a

cambio de información no altera sustancialmente la problemática del valor de la declaración de testigos, víctimas o coencausados. Tales programas o incentivos favorecen el incremento de casos de colaboración, que hoy, en el caso de España, se reduce a los supuestos antes citados (relativos a una posible rebaja de la pena de hasta dos grados a colaboradores condenados por determinados delitos) y a los escasos ejemplos de colaboración ciudadana desinteresada. La expectativa de lograr un premio por la información ofrecida es solo una circunstancia más que ha de conducir a buscar la confirmación del testimonio a través de otros elementos probatorios, pero no le resta por sí sola credibilidad¹³. Antes, al contrario, tal expectativa puede coadyuvar a mejorar la calidad de la información aportada si se acompaña de una adecuada regulación de la exigencia de corroboración para que el colaborador pueda disfrutar de los estímulos penales, procesales o económicos que se le ofrezcan a cambio de datos útiles para la investigación. Incluso, como sucede en el caso peruano, permite establecer condiciones cuyo incumplimiento comportaría la revocación de las medidas premiales¹⁴. En efecto, criterios que tradicionalmente se han tomado en consideración para evaluar la credibilidad del declarante, tales como la falta de interés en la acusación, el ánimo de venganza, autoexculpación o la espontaneidad, pierden fuerza en un contexto como este en favor de la exigencia de corroboración, no solo para valorar la atendibilidad del declarante y de su testimonio, sino también como elemento que permite valorar la procedencia de la aplicación efectiva de los beneficios prometidos a cambio de la colaboración prestada¹⁵.

13 “Que el coimputado delator obtenga de su estrategia procesal beneficios penológicos constituye una opción de política criminal compatible con la credibilidad de lo que el coimputado manifiesta. De mantenerse incompatibilidad entre el beneficio del acusado y el de la sociedad por su testimonio la opción de política criminal resultaría en gran medida neutralizada cuando la confesión afecta a otros sujetos diversos del delator. No parece menor la ingenuidad de quien niega la credibilidad por razón del beneficio, que la de quien admite aquella sometiéndola a contrastes como el de la exigencia de corroboración externa y objetiva” (STS 188/2017, de 23 de marzo). De la misma opinión son DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. p. 435, ZAVAGLIA, Francesca: *La prova dichiarativa nel giusto processo*, Ed. CEDAM, Padova, 2007. pp. 228-229 y DEL MORAL GARCÍA, cit., pp. 60 y 61.

14 QUIROZ SALAZAR, William F.: “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”. En: *Revista oficial del Poder Judicial*, 2/1, 2008. pp. 168-169.

15 Sobre la importancia de la corroboración, DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, Teresa: *La chiamata di correo*, CEDAM, Padova, 2007. p. 72 y FUENTES SORIANO, Olga: “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos*

La segunda advertencia se refiere a la falta de interés de la distinción (en este contexto) entre categorías de sujetos que colaboran con la investigación de los hechos. Lo relevante es la existencia de un colaborador (que puede ser testigo, víctima o coinvestigado) que ofrece una información. Es preciso en todos los casos (y al margen de la condición procesal del colaborador) que se descarten motivos espurios subyacentes a su declaración y que los datos aportados resulten útiles para la investigación y el posterior enjuiciamiento¹⁶, pues los requisitos en todos los casos serán los mismos, dejando a salvo concretas especialidades derivadas del estatuto jurídico de cada uno de ellos. Esta es la razón por la que el TEDH utiliza generalmente el término *testigo* en un sentido amplio y comprensivo de dichas categorías¹⁷ y por la que me referiré indistintamente en las páginas que siguen al colaborador o al testigo, pero considerando incluidos también a la víctima y al coacusado.

Sentadas estas premisas, el análisis del modo en el que el colaborador interviene en el proceso penal y del valor de su declaración ha de realizarse, como ya se ha anunciado, desde una doble perspectiva: de un lado, es preciso identificar las condiciones para que su declaración alcance la naturaleza de verdadero acto de prueba y no agote su valor como simple acto de investigación (un elemental principio utilitarista requiere maximizar la eficacia de la información tratando de garantizar que su obtención sea respetuosa con las garantías del debido proceso). Desde esta perspectiva, hemos de centrarnos en su práctica y evaluar el impacto que tienen ciertas limitaciones al principio de contradicción sobre su valor

sexuales, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000. pp. 174 y ss. También las SSTS 938/2016, de 15 de diciembre y 514/2017, de 6 de julio, en las que no solo se considera necesaria para que la declaración alcance el carácter de prueba *suficiente*, sino incluso para ser prueba *apta* para condenar y la STS 315/2020, de 15 de junio, que expone la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria corroboración de la declaración del coinvestigado mediante datos externos.

- 16 Fue, sobre todo, desde la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto jurídico de la víctima, cuando se produjo un reconocimiento de ciertos derechos que la sitúan más cerca de la condición de parte procesal, incluso en los casos en los que no se encuentra personada, pero sin perder, al tiempo, la condición de testigo cuando presta declaración, si bien con las especialidades que se prevén en los arts. 416 y 433 de la LECRIM, que no afectan, sin embargo, a la conveniencia de realizar un tratamiento conjunto de sus declaraciones y de las prestadas por testigos y encausados.
- 17 Así lo puso de manifiesto MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)”. En: *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008. p. 14.

probatorio. En particular, me detendré en dos: la ocultación de la identidad del colaborador y la obtención del testimonio sin ofrecer al investigado la oportunidad de estar presente y participar en su interrogatorio. De otro lado, es necesario individualizar los criterios de decisión acerca de la fiabilidad del colaborador y, en particular, la exigencia de corroboración de la información que proporciona. Y todo ello con la finalidad de valorar en qué grado cabe trasladar las conclusiones alcanzadas al ámbito de la adopción de resoluciones interlocutorias sobre la base exclusiva de la información así obtenida.

Por lo que respecta al primero de los límites señalados, en el ordenamiento jurídico español, el testigo (directo o de referencia) ha de dar cuenta de sus datos identificativos¹⁸, pero en determinados procedimientos, especialmente en el marco de la delincuencia organizada, y a los efectos de evitar posibles represalias graves sobre el colaborador, sus familiares o sus bienes, puede estar justificada la adopción de ciertas medidas de protección y, entre ellas, las que permitan ocultar los datos personales que puedan llevar a su identificación¹⁹. A efectos procesales, el modo en el que esa identidad se oculta a los encausados es muy relevante, por cuanto puede afectar al adecuado desarrollo de su derecho de defensa. Es preciso distinguir por ello entre los testigos *anónimos* (de los que se desconoce su identidad)²⁰ y los *ocultos* (cuya identidad es conocida por la autoridad judicial pero no se desvela al encausado por razones de seguridad). La distinción entre testigo anónimo y oculto fue utilizada en la STC 64/1994, de 28 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional se hizo eco de la distancia entre ambas figuras, trazada previamente por el TEDH²¹. Aunque ha sido objeto de algunas críticas por quienes consideran que también el testigo oculto limita ilegítimamente el derecho de defensa, lo cierto es que pone de manifiesto

18 Arts. 266 a 268 LECRIM respecto de los denunciantes y art. 436 LECRIM respecto de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sí cabe, sin embargo, la denuncia anónima como medio para poner en marcha la instrucción penal a los efectos de verificar la información que proporciona, tal y como se desprende del art. 308 LECRIM. RUBIO EIRE, José Vicente: “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal”, disponible en http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_560680001.html. Fecha de última consulta: 20 de julio de 2020.

19 Art. 2 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

20 Sobre los testigos anónimos véase RUBIO EIRE, cit.

21 STEDH de 15 de junio de 1992 (caso Lüdi c. Suiza), relativo a la ocultación de identidad de un agente policial que actuó como agente infiltrado.

una diferencia esencial que no puede pasarse por alto: la existencia de control judicial sobre los motivos por los que deben mantenerse reservados los datos del testigo oculto, permitiendo un análisis del caso ajustado al principio de proporcionalidad sobre las razones por las que debe prevalecer la seguridad del testigo sobre el derecho de defensa. De todos los supuestos que pueden darse, el denominado testigo *oculto* es, por tanto, el único que legítimamente puede proporcionar información incriminatoria con valor probatorio, por cuanto su identidad es conocida para el tribunal, pero este, por razones de seguridad, decide motivadamente mantenerla reservada para evitar que pueda recibir presiones para no declarar o cambiar el sentido de la que realice o represalias por haber declarado²². Es decir, existe en estos casos un juicio ponderado, motivado y sujeto a revisión, que ha supuesto la adopción de medidas de protección legalmente previstas (adicionales o no a la ocultación de la identidad) que pueden levantarse si concurre una modificación en las circunstancias y el órgano judicial considera que debe prevalecer el derecho de defensa sobre posibles riesgos para el testigo o su familia. En el resto de casos (confidentes y testigos anónimos, de cuya identidad nada conoce el órgano judicial) se produce una quiebra del derecho de defensa difícilmente salvable que los mantiene extramuros de la investigación y del enjuiciamiento penal²³. El mismo tratamiento ha de recibir quien colabora con una investigación en curso en el seno de una empresa a través de un canal de denuncias que garantice la confidencialidad. La información obtenida en estos casos habrá de ser objeto de comprobación, pero en ningún caso tendrá fuerza probatoria. La razón de ser de esta opción no hay que buscarla solo en razones de índole garantista desconectadas de otro tipo de fines, sino que cuenta también –y creo que, sobre todo- con un fundamento de índole epistémica: ¿cómo

22 En el mismo sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”. En: *La Ley*, 1996. p. 7 en su versión digital.

23 SSTEDH de 27 de septiembre de 1990 (caso *Windisch c. Austria*) y 22 de noviembre de 2005 (*Taal c. Estonia*). Por ello, el TEDH ha manifestado que el ámbito natural del confidente es la fase de investigación (SSTEDH de 9 de junio de 1998, caso *Teixeira de Castro c. Portugal* y de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*). También lo pone de manifiesto SAN MARTÍN CASTRO, César: “Persecución penal de la corrupción política (reflexiones desde el Perú)”. En: AAVV, *Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007 (p. 20 en su versión digital). El Tribunal Supremo limita su eficacia a un momento todavía anterior, el de las pesquisas policiales que dan origen a la investigación judicial (STS 153/2015, de 18 de marzo). En el mismo sentido, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Colex, Madrid, 2004. p. 147.

valorar la fiabilidad del colaborador y de su declaración si desconocemos su identidad? La corroboración es condición necesaria pero no suficiente para valorar la calidad de la información que proporcione. Su coincidencia con elementos corroboradores puede ser fruto de una casualidad o de una reconstrucción *a posteriori* de los hechos, por lo que la valoración de posibles causas para actuar de manera deshonesto es un requerimiento que debe evaluarse junto con la corroboración. El TEDH lo ha manifestado con claridad en su extensa y consolidada jurisprudencia sobre el tratamiento procesal del testigo: conocer su identidad permite a la defensa detectar motivos para poner en entredicho su fiabilidad²⁴ y por ello considera imprescindible -en términos generales respecto de los testigos ausentes, pero es doctrina también aplicable al caso de los testigos anónimos- que se adopten las medidas necesarias para permitir el control (al menos judicial) de la fiabilidad del testigo²⁵, lo que supone disponer todo lo necesario para que el acusado pueda interrogarlo (cuanto esté testificando o en un momento posterior)²⁶ y que su declaración no sea la única prueba relevante, sino que vaya acompañada de otras que la corroboren²⁷.

Por lo que respecta al segundo límite antes anunciado, en *Lucà c. Italia*²⁸, el TEDH consideró que la eficacia del principio de contradicción no solo no se agota al permitir al acusado conocer la identidad del testigo, sino que ha de extenderse a su participación activa -si es que así lo desea- en el interrogatorio, ya sea en el juicio oral, ya sea en la investigación previa²⁹. Sin embargo, la doctrina del TEDH sobre la vulneración del debido proceso responde a una valoración de conjunto de las actuaciones judiciales que en los últimos años le ha llevado a matizar esta exigencia, lo que ha supuesto una importante involución en la interpretación del principio de contradicción. No basta que la ausencia de contradicción haya impedido al acusado o a su letrado intervenir en el interrogatorio y ello sea imputable a la autoridad judicial. Que resulte declarado vulnerado el derecho al debido

24 SSTEDH de 17 de septiembre de 2013 (caso *Brzuszczyski c. Polonia*), 2 de abril de 2013 (caso *Garofolo c. Suiza*) y 22 de noviembre de 2012 (caso *Tseber c. República Checa*).

25 STEDH de 10 de noviembre de 2016 (caso *Avetisyan c. Armenia*).

26 STEDH de 27 de febrero de 2001 (caso *Lucà c. Italia*).

27 SSTS 182/2017, de 22 de marzo y 315/2020, de 15 de junio.

28 STEDH de 27 de febrero de 2001 (caso *Lucà c. Italia*).

29 Más específicamente, a la remoción de obstáculos que le impidan participar en el interrogatorio, de modo que no pueda imputarse a las autoridades judiciales la falta de debate contradictorio. MIRANDA ESTRAMPES, cit., p. 16.

proceso por esta causa requiere, además, que la prueba así practicada haya ocupado un lugar determinante en la declaración de culpabilidad³⁰.

III. VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN DEL COINVESTIGADO

Las principales dificultades que surgen respecto de la utilización de la información ofrecida por colaboradores afectan a las tres grandes manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: en primer lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla probatoria, se plantea el problema de su aptitud como prueba de cargo (esto es, si puede ser prueba *válida*). En segundo lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de juicio, cabe preguntarse -habiéndose resuelto afirmativamente la primera cuestión- si puede fundamentar por sí sola una decisión judicial (o, en otros términos, si puede considerarse prueba *suficiente*). Por último, también puede resultar comprometida la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado si se acuerdan medidas cautelares basadas exclusivamente en la declaración de un colaborador obtenida sin o con contradicción, esto es, como mero acto de investigación o como acto de prueba no sometido a corroboración.

El cumplimiento de las garantías propias del debido proceso y, en especial, del principio de contradicción en los términos antes señalados, dotan de valor a las declaraciones prestadas por colaboradores para fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, las convierten en prueba *válida* según los estándares impuestos por el derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria. En cualquier otro caso, su práctica al margen de las exigencias derivadas del derecho de defensa, de las condiciones que impone la contradicción y de espaldas, en definitiva, a los más elementales postulados garantistas y epistémicos, las reduce a la categoría de actos de investigación, cuya eficacia se encuentra fuertemente limitada a la fase de instrucción penal y a la búsqueda de información para

30 Sobre el principio de contradicción véase el interesante trabajo de ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. En: *InDret*, 4/2013, especialmente por lo que respecta al análisis de la STEDH de 15 de diciembre de 2011 (casos *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*), en la que se realiza una cuestionable asociación entre contradicción y corroboración por la que el TEDH permite valorar declaraciones que no hayan sido sometidas a contradicción en los casos en los que aparezcan corroboradas por otros elementos probatorios, centrándose exclusivamente en la relación entre contradicción y verdad y dejando de lado la importante conexión entre debate contradictorio y derecho de defensa . pp. 9 ss.

la preparación de un futuro juicio oral. Esta es la razón principal por la que se tiende a privilegiar la declaración prestada en el juicio oral, en el que se dan cita tales garantías o, en su defecto, a la obtenida como prueba anticipada, esto es, aquella que se practica con respeto de las condiciones que se presentarían de practicarse en el juicio oral. Solo en defecto de estas y en presencia de las exigencias derivadas del principio de contradicción (que en el caso español se encuentran previstas en los arts. 714 y 730 LECRIM) cabría tomar en consideración las declaraciones prestadas en la fase de investigación, convertidas en verdaderos actos de prueba al verse sometidas a confrontación y debate contradictorio o, como ha admitido el TEDH, cuando, aun careciendo de contradicción, la declaración se encuentra corroborada por otras pruebas y, por tanto, no es la única prueba de cargo³¹.

Contestada afirmativamente la pregunta relativa a la aptitud de las declaraciones del colaborador como prueba de cargo, el siguiente interrogante es el que se refiere a su autonomía y suficiencia para fundamentar una resolución judicial. Esta cuestión se ha abordado tradicionalmente desde la perspectiva de su condición de prueba suficiente para dictar un fallo condenatorio, respecto de lo que existe una consolidada jurisprudencia que ha estipulado los parámetros a partir de los cuales cabe valorar su fuerza probatoria en cada caso, dirigidos a evaluar, por un lado, la credibilidad del declarante y, por otro, la fiabilidad de su declaración (verosimilitud, firmeza y corroboración)³². Aisladamente considerados, estos criterios no permiten concluir la veracidad de la información ofrecida por el colaborador. Se trata de criterios generales orientativos que contribuyen a minimizar el error en la

31 SSTEDH de 19 de febrero de 1991 (caso *Isgró c. Italia*), 26 de abril de 1991 (caso *Asch c. Austria*) y 28 de agosto de 1992 (caso *Artner c. Austria*). Se trata, en definitiva, de garantizar la existencia de medidas de compensación al déficit de garantías que origina la falta de contradicción. Contreras Cerezo, Pablo: “La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)”. En: *La Ley*, 14 de junio de 2013. También destaca la posibilidad de acordar medidas compensatorias que salven la declaración del testigo oculto DEL CARPIO DELGADO, Juana: “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”. En: *Revista Penal*, núm. 19, 2007. p. 49.

32 Sobre estos criterios de valoración realicé un análisis doctrinal y jurisprudencial en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, en: *Jueces para la Democracia*, núm. 64, 2009. pp. 95 a 116.

valoración de la prueba (especialmente el que se refiere a la corroboración, como veremos después), pero no es deseable adoptarlos como reglas de valoración inflexibles, a imagen de las reglas de prueba tasada. En cierto modo, son criterios que facilitan la motivación de la decisión judicial, pero no la predeterminan. Llevan, como ha señalado Del Moral, a apurar la motivación, pero no deben conducir a negarle automáticamente valor probatorio al testimonio cuando falle la comprobación de alguno de tales parámetros³³.

Existe un importante número de casos a partir de los cuales el Tribunal Supremo español ha formado una sólida jurisprudencia sobre los criterios más adecuados para evaluar la fiabilidad de este tipo de pruebas. Por lo que se refiere a la credibilidad del colaborador, determinadas circunstancias (relaciones, experiencias, percepción de la realidad, etc.) pueden revelar motivaciones ocultas detrás de su voluntad de declarar. En España, la jurisprudencia se ha referido reiteradamente a tales circunstancias como condiciones para determinar la ausencia de incredibilidad subjetiva a modo de juicio preliminar sobre las motivaciones del testigo para declarar y sobre la posible existencia de circunstancias especiales (en sus capacidades cognitivas o relativas al modo en el que entró en contacto con los hechos) que permitan poner en duda su fiabilidad como fuente de prueba. La valoración de estas particularidades (entre las que se encuentran sus

33 DEL MORAL GARCÍA, cit., p. 60. Son parámetros orientativos para la motivación, no reglas de validez de la prueba (STS 891/2014, de 23 de diciembre). Para Miranda Estrampes, sin embargo, sí nos encontramos ante *reglas negativas de suficiencia*. MIRANDA ESTRAMPES, cit. pp. 23-24, postura que el Tribunal Supremo español parece haber asumido: “Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación” (STS 630/2016, de 14 de julio y, en idéntico sentido, más recientemente, STS 1053/2017, de 6 de julio). En el mismo sentido se expresa la STS 457/2017, de 21 de junio (con cita de la STS 938/2016, de 15 de diciembre): “La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpativa pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre”.

relaciones previas con las partes y especialmente con el investigado) está orientada a descartar móviles como la autoexculpación o la exculpación de terceros, la venganza o la obediencia debida. Motivaciones todas ellas que debilitarían la fuerza probatoria de (toda o parte de) su declaración, y que han de examinarse conjuntamente con las características propias de la personalidad del declarante³⁴. En el caso concreto del coinvestigado, es útil analizar también, por ejemplo, su posición dentro de la organización criminal, su conocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas, la división de roles dentro del grupo, etc³⁵.

Además de la credibilidad del declarante, es necesario examinar también la fiabilidad de la información que ha proporcionado, para lo que generalmente se valora la coherencia y credibilidad del relato y la persistencia mostrada durante el procedimiento³⁶. Por lo que se refiere a la coherencia y credibilidad del testimonio, hay que valorar que no resulte fantasioso, que no presente ambigüedades o vaguedades y que sea coherente, esto es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes, aunque estamos ante criterios orientativos que no impiden admitir la valoración fraccionada cuando la declaración presente algún tipo de incoherencia o laguna pero pueda analizarse por partes que gocen de cierta autonomía unas de otras (por ejemplo, cuando no existan relaciones causales entre las mismas o cuando constituyan relatos relativos a hechos independientes, tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de testigos menores de edad o que presentan algún tipo de discapacidad intelectual), lo que, sin duda, habrá

34 Por todas véanse las SSTS 319/2017, de 4 de mayo y 428/2017, de 14 de junio. Sobre la valoración de la personalidad del declarante puede verse Martínez Galindo, Gema: “Valor probatorio de declaraciones de coimputados”. En: *La Ley Penal*, núm. 7, julio 2004 (p. 7 en su versión digital).

35 DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, Teresa, cit., p. 43.

36 Dado que se aleja demasiado de la finalidad principal de estas páginas, no resulta conveniente detenerse en otro tipo de factores que, sin duda, condicionan la calidad de la información que se obtiene a partir de la prueba testifical. Un análisis con cierto detalle sobre tales factores puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, cit., pp. 103 y 104, así como en la bibliografía que allí se cita. Una perspectiva centrada en la psicología del testimonio y muy útil para entender las limitaciones de nuestra capacidad de percepción de acontecimientos, de nuestra memoria y la influencia sobre la narración de circunstancias tales como el modo de llevar a cabo el interrogatorio, puede verse en DIGES JUNCO, Margarita: “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 68, julio de 2010. pp. 51 y ss.

de ir acompañado de un mayor esfuerzo motivador del juez y una sólida corroboración mediante datos externos³⁷.

La firmeza o persistencia, en segundo lugar, es otro indicador importante de credibilidad³⁸, si bien la existencia de retractaciones (muy habituales, por ejemplo, en el ámbito de la violencia de género) o de contradicciones entre las distintas declaraciones prestadas (especialmente cuando el relato se refiere a hechos complejos, traumáticos o sucedidos a lo largo de amplios periodos de tiempo) no ha de conducir necesariamente a descartar la declaración. Tampoco será posible atender a este parámetro cuando deba valorarse la fiabilidad de las primeras declaraciones prestadas para acordar la práctica de actos de investigación o de medidas cautelares.

Las contradicciones en aspectos secundarios de la declaración, así como la existencia de lagunas cuando el testigo declara mucho tiempo después de sucedidos los hechos tampoco son datos que, por sí solos, permitan desechar la declaración, puesto que puede tratarse de circunstancias propias del transcurso del tiempo³⁹.

Si hay una exigencia que destaca sobre el resto a la hora de evaluar la fiabilidad del testimonio es, sin duda, la de su corroboración mediante datos externos de carácter objetivo⁴⁰. La credibilidad del declarante y la verosimilitud de su declaración son condiciones necesarias, pero no suficientes para que el testimonio pueda fundamentar una sentencia de condena. La manera de minimizar la posibilidad de error judicial al valorarlo es asegurar que su contenido se encuentre respaldado por otras pruebas,

37 ZAVAGLIA, Francesca: *La prova dichiarativa...*, cit., p. 229.

38 SSTS 441/2007, de 23 de mayo, 1071/2002, de 7 de junio y 272/2001, de 19 de febrero, entre otras muchas.

39 Uno de los aspectos que la jurisprudencia italiana toma en consideración para darle mayor o menor credibilidad a la declaración es el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la declaración (a mayor tiempo, menor credibilidad). No obstante, aunque es un dato a tener en cuenta, no se le puede dar un valor determinante, pues pueden existir posibles causas que expliquen razonablemente el transcurso de largos periodos de tiempo. DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, cit., p. 48.

40 Lo que se ha denominado también credibilidad extrínseca u objetiva (DÍAZ PITA, cit., p. 455) y corroboración en los sistemas procesales de common law. Sobre el alcance de la corroboración en este ámbito son interesantes los trabajos de WALTON, Douglas y REED, Chris: "Evaluating Corroborative Evidence", disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37948777/06issa_walton_reed.pdf?1434754387=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEvaluating_Corroborative_Evidence.pdf&Expires=1595272526&Signature=OZ1S29wRlaHERBYr~TCUnXS8dqW26vEfpmzGcf4H8VhTxy0qIPtGKRfNkwvs3P25p-j~KJUh3xJuAF3O7mrpu2zw1dSukM2RDQ2MqoeO2Q

especialmente en aquellos casos en los que el testimonio prestado no se ha sometido a contradicción o, como consecuencia del estatuto del declarante (en el caso de los coinvestigados), las posibilidades de contradicción se hayan visto seriamente comprometidas⁴¹. Sin embargo, no es tarea fácil determinar en qué consiste exactamente la corroboración a la que aluden los tribunales, pues no existe una definición legal y unívoca del término⁴². El Tribunal Constitucional circunscribe la necesidad de corroboración a dos ideas: en primer término, exige que la corroboración sea mínima (no necesariamente plena), y solo relativa a algunos aspectos de la declaración, no a todos sus elementos. En segundo lugar, entiende que la corroboración implica, al menos, la existencia de algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración⁴³. La corroboración supone, pues, que ha de existir al menos algún otro indicio que apunte en la misma dirección que la declaración del testigo, tanto por lo que se refiere a la existencia de los hechos como a la participación del investigado en los mismos, lo que Miranda Estrampes denominó modelo de atendibilidad extrínseca reforzada en atención al contenido concreto que ha de tener esa corroboración⁴⁴. Esos datos externos o periféricos pueden ser, por ejemplo,

41 STS 223/2017, de 30 de marzo. En el mismo sentido, véase la STS 523/2017, de 7 de julio: “Cuando el coimputado se niega a declarar o a contestar a las preguntas de las defensas, este dato es un elemento valorable a los efectos, ya en sede de valoración de la prueba, de establecer su credibilidad, para lo cual la entidad de los elementos de corroboración presenta una especial relevancia. Pero el silencio del coimputado no determina la ausencia absoluta de contradicción”.

42 No sucede lo mismo en Italia, donde el art. 192.3 cpp, establece con claridad que la declaración del coinvestigado debe valorarse conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su credibilidad.

43 Es de referencia obligada sobre ello la STC 57/2009, de 9 de marzo (en la que se admite la corroboración del testimonio mediante la coincidencia con el testimonio de otro coinvestigado, con voto particular discrepante de M^a Emilia Casas Baamonde). También se expresan en un sentido similar las SSTC 91/2008, de 21 de julio, 125/2009, de 18 de mayo y 134/2009, de 1 de junio. Doctrina esta, además, ampliamente secundada por el Tribunal Supremo. En la STS 57/2002, de 28 de enero se hace esta misma interpretación del término “corroboración”: “Lo relevante es que la declaración del coimputado no constituya un dato probatorio aislado que comprometa al acusado en un hecho, sin que existan otros elementos probatorios ajenos al coimputado que también relacionen al acusado con el mismo hecho delictivo”. Sobre la evolución del concepto de corroboración, véase SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”. En: *Revista Jurídica Galega*, núm. 50, 2006. pp. 15 a 19 (y p. 32 sobre los hechos que han de quedar corroborados). También Miranda Estrampes analiza con detalle su evolución. MIRANDA ESTRAMPES, cit., p. 19.

44 *Ibidem*, p. 20. A ello se refiere la jurisprudencia italiana cuando exige que la corroboración sea *individualizante*. DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, cit., p. 63. El mismo

las lesiones provocadas por el delito reflejadas en el parte médico o en el informe forense, los testimonios de otras personas que refuerzan la credibilidad del declarante⁴⁵ o el resultado de diligencias de investigación que sean coincidentes con lo manifestado por el testigo⁴⁶. En definitiva, la corroboración supone contar con información que provenga de fuentes de prueba externas a la propia declaración⁴⁷, de modo que esta no sea la única prueba sobre la que se sustente la decisión judicial⁴⁸.

Por tanto, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, se evidencia la necesidad de examinar lo que ha de entenderse por corroboración suficiente en cada caso⁴⁹, si bien parece que la finalidad es evitar que la declaración sea la única prueba de cargo, de manera que el convencimiento judicial descansa también en otros elementos probatorios que apunten a la misma dirección que la declaración⁵⁰.

sentido de corroboración sostiene SÁNCHEZ YLLERA, cit., pp. 32-33.

45 La corroboración de la credibilidad del declarante no supone, *per se*, la corroboración de su declaración (el declarante puede ser creíble -y así constatarlo, por ejemplo, un perito- y su declaración falsa), por lo que hay que ser especialmente cuidadoso y centrar las exigencias de corroboración en el relato de los hechos.

46 Vid por todas la STS 1018/2017, de 15 de junio.

47 ZAVAGLIA, cit., p. 230. También es de esta opinión DÍAZ PITA, cit., p. 468.

48 STEDH de 6 de abril de 2000 (*caso Labita c. Italia*), de especial interés en relación con la adopción de la medida de prisión provisional, como después se verá.

49 Por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha señalado que la declaración de un coinvestigado no puede servir como elemento de corroboración de la declaración de otro coinvestigado (STS 319/2017, de 4 de mayo, con cita de la STS 763/2013, de 14 de octubre). Sin embargo, la Corte Suprema italiana admite este tipo de corroboración, a la que denomina *cruzada*, para lo que exige que el órgano jurisdiccional verifique que la coincidencia en las declaraciones no es fruto de un acuerdo previo. DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, cit., p. 57; ZAVAGLIA, cit., p. 231. También considera posible elemento de corroboración a la declaración de un segundo coinvestigado DÍAZ PITA, cit., p. 470.

50 También el Tribunal Supremo español lo exige así actualmente, tal y como se desprende de las resoluciones que se han citado en las notas precedentes, por lo que parece haber abandonado la idea de que la corroboración solo sería exigible cuando la declaración se prestó en la fase de instrucción o ante la policía y no se hubiera ratificado en fase de juicio. Con ello mostraba una fe inexplicable en la inmediación como fuente de conocimiento infalible: “si la declaración del coimputado se efectúa en el Plenario, y por tanto con pleno sometimiento a los principios de publicidad y contradicción, no serían precisas otras corroboraciones” (SSTS 1948/2002, de 20 de noviembre, 1168/2002, de 19 de junio y 630/2002, de 16 de abril).

IV. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE EL INVESTIGADO FUNDADAS EN LA DECLARACIÓN PREMIADA

La iniciación de las actuaciones judiciales se produce, como regla general, con ocasión de la formulación de una denuncia, la presentación de querrela o por el traslado del atestado policial a la autoridad judicial, y ello con la finalidad de poner en marcha las actuaciones que permitan ampliar la información sobre los hechos y decidir sobre la procedencia de un futuro enjuiciamiento. La decisión judicial por la que se incoa la investigación supone una imputación cuando en ella aparece designada una persona concreta a la que se vincula con el hecho delictivo, en cuyo caso entra en juego automáticamente lo dispuesto en el art. 118 LECRIM, garantizando que desde ese mismo momento el sujeto al que se refiera la decisión judicial adquiera la condición de investigado y los más amplios derechos dimanantes del derecho de defensa. No es preciso, pues, en este momento tan incipiente de las actuaciones, que la información se encuentre sustentada en datos adicionales al relato de los hechos que ofrezca la víctima, un testigo o el Ministerio Fiscal al investigar a partir de los datos que estos otros le hayan manifestado. Incluso cabe incoar las actuaciones a partir de las manifestaciones de un testigo de referencia. Cuestión distinta es que el transcurso del tiempo permita mantener esta débil situación probatoria inicial. La instrucción debe contar con el impulso de sus protagonistas, dirigido a la búsqueda de información relevante que refuerce las sospechas contra el investigado o las reduzca hasta el punto de ocasionar un sobreseimiento libre o provisional o la imputación de terceros por su posible participación en los hechos investigados. Lo mismo sucede cuando se acuerda la detención. Aunque cuenta con la naturaleza de medida cautelar y, por tanto, ha de ajustarse a las previsiones derivadas del principio de proporcionalidad, su carácter provisionalísimo, ajustado a plazos generalmente muy breves, justifica que la mera apariencia de participación en un hecho delictivo (los motivos racionales a los que alude la LECRIM) lleve a acordarla sobre la base de una declaración verosímil y ajena a otro tipo de elementos que la corroboren cuando se presenten los presupuestos que la legitiman.

Algo similar sucede con la fundamentación de la decisión judicial por la que se acuerdan actos de investigación limitativos de derechos fundamentales. En muchas ocasiones, estos se practican *ad limine*, por lo que no pueden someterse a la comprobación exhaustiva de los hechos, precisamente porque su práctica es necesaria para avanzar en dicha comprobación. Por

ello, en tales casos basta contar con lo que el Tribunal Supremo español ha denominado iniciales elementos indiciarios⁵¹, expresión claramente diferenciada de los indicios racionales de criminalidad a los que alude el art. 384 LECRIM (y, por extensión, el art. 779.1.4ª LECRIM), equiparando esta última a juicio de probabilidad sobre la implicación del investigado en los hechos a partir del total de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción⁵². Y podrá considerarse que se dispone de elementos indiciarios iniciales habilitantes para acordar ulteriores actos de investigación cuando conste en las actuaciones algún dato objetivo del que quepa inferir -siquiera de forma muy provisional- la implicación del investigado en un hecho delictivo⁵³, como sucede, por ejemplo, con las informaciones que la policía obtiene mediante seguimientos y vigilancias⁵⁴. Por tanto, si existen indicios -más sólidos según avanzan las actuaciones- que vinculan al investigado con actuaciones ilícitas, podrán acordarse motivadamente la práctica de las diligencias que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos, que habrán de cesar si desaparecen tales indicios en el transcurso de las investigaciones.

En materia de adopción de medidas cautelares y, más en general, de protección, el planteamiento ha de diferir sustancialmente, sobre todo porque la eficacia de los actos de investigación se agota en la fase preparatoria y en la obtención de información relevante sobre los hechos para decidir si se abre o no la fase de juicio oral, mientras que las decisiones sobre la situación personal del investigado trascienden a esa finalidad, pues persiguen asegurar su presencia en el juicio oral -que se prevé va a celebrarse si permanece el estado de cosas que se presenta al acordar la medida-, la integridad de la prueba -que se percibe en peligro por una posible actuación obstruccionista del investigado más allá de los límites permitidos por el derecho de defensa- o proteger los intereses de quienes puedan verse afectados por la posibilidad de reiteración delictiva -en el caso de las medidas de protección a terceros que pueden acordarse sobre el investigado-. La vigencia de estas medidas no se agota, pues, en la instrucción de la causa, suponen una limitación grave de los derechos de la persona sometida a ellas y puede causar daños irreparables si posteriormente se revela que el investigado no participó en los hechos delictivos.

51 SSTS 153/2015, de 18 de marzo y 74/2014, de 5 de enero, así como las que en ellas se citan.

52 STS 74/2014, de 5 de enero.

53 SSTC 26/2010, de 27 de abril y 145/2014, de 22 de septiembre.

54 STS 153/2015, de 18 de marzo.

Por ello, la reflexión sobre la adopción de medidas cautelares personales⁵⁵ -dejando a salvo la detención-, y a diferencia de lo que sucede con otro tipo de decisiones intermedias hasta ahora analizadas, debe estar presidida por la presunción de inocencia⁵⁶ y orientada a valorar la manera de reducir su impacto sobre esta garantía, que como regla de tratamiento condiciona su acuerdo al estricto cumplimiento de los presupuestos que las legitiman, por cuanto supone que el encausado reciba el trato de inocente hasta que la sentencia firme, debidamente fundada y motivada, establezca su vinculación con el hecho delictivo⁵⁷. Desde esta perspectiva,

-
- 55 Aunque me referiré sobre todo a las medidas de naturaleza puramente cautelar, esto es, a aquellas que se dirigen en sentido estricto al aseguramiento del proceso y de su posible resultado, las consideraciones que siguen son perfectamente aplicables a la adopción de medidas de cualquier otra naturaleza que de alguna manera limiten el derecho a la libertad del investigado, como es el caso de las medidas de protección a las víctimas del delito, que en muchas ocasiones reciben el tratamiento procesal de medidas cautelares pero que presentan especialidades que es preciso tener en cuenta para su tratamiento teórico y práctico (entre otras, los fines que persiguen, que exceden de la clásica finalidad cautelar). Tales especialidades, sin embargo, en nada afectan a las consideraciones que realizaré a continuación, puesto que en ambos casos -medidas cautelares y medidas de protección- se acuerdan sobre quien todavía no ha sido declarado autor o partícipe de un hecho delictivo. Ello no impide que, por tratarse de medidas sin fundamento cautelar, puedan ser sometidas a requisitos aún más estrictos. Por ejemplo, Asencio Mellado considera que han de respetarse los siguientes cuando se acuerda la prisión provisional basada en la evitación de la reiteración delictiva: a) existencia de un riesgo concreto y justificado de reiteración; b) existencia de una relación entre el hecho cometido y el que se pretende evitar, bien sea por la naturaleza común de ambos, por la capacidad del imputado de aumentar mayor daño con su acción o bien, al menos, por la gravedad de los actos delictivos que ha cometido y/o que se presume que puede llegar a cometer; c) por último, aunque conectado con el anterior, es necesario que la actuación delictiva que se pretenda evitar sea de tal gravedad que justifique la medida. ASENCIO MELLADO, José María: “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”. En: *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003. Sobre la naturaleza extraña a la finalidad cautelar clásica de este tipo de medidas para tutelar a la víctima, véase también GIMENO SENDRA, Vicente: “Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal”. En: *Universidade da Coruña*, 2012. pp. 75 y ss. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9178/ponencias_06_Gimeno_Sendra_73-90.pdf?sequence=1
- 56 Me ocupé extensamente de la relación entre presunción de inocencia y medidas cautelares en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- 57 Tranchina lo expresa de manera muy explícita al señalar que el investigado “ha diritto d’esser trattato alla stregua di una qualsiasi altra persona, senza alcun pregiudizio di colpevolezza che possa socialmente o moralmente sminuirlo nei confronti degli altri cittadini”. TRANCHINA, Giovanni (con Siracusano, Delfino, Galati, Antonino y Zappalà, Enzo): *Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 2ª ed., Vol. I, Milano, 1996. p. 180.

la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que supongan una equiparación de hecho entre investigado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que implique una anticipación de la pena⁵⁸. Muestra de la importancia de esta prohibición es, por ejemplo, el art. 10.2 a) PIDCP, que exige que los presos preventivos estén separados de los penados y sometidos a un trato distinto acorde con su carácter de no condenados, o el lugar destacado que se le ha otorgado a la presunción de inocencia como regla de trato en la Directiva (UE) 2016/343 de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. El texto –que plantea importantes interrogantes que exceden del objetivo de estas páginas– supedita la adopción de actos procesales dirigidos a acreditar la culpabilidad del investigado y de resoluciones preliminares de carácter procesal a la existencia de indicios o pruebas de cargo.

La cuestión central que se plantea es la de establecer la conexión existente entre la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado y las medidas cautelares del proceso penal, especialmente la prisión provisional. La paradoja de tener que contar con instituciones como la prisión provisional en el marco de un sistema procesal orientado a la tutela de la inocencia, provoca no pocos quebraderos de cabeza, y obliga a posicionarse respecto del conflicto de intereses subyacente entre libertad y seguridad⁵⁹. Y en este contexto, se encuentran opiniones que van desde las de quienes han sugerido la perfecta compatibilidad entre presunción de inocencia y medidas cautelares -y, por tanto, han negado la existencia de ese conflicto de intereses⁶⁰- hasta quienes entienden -en línea de principios

En sentido similar se pronuncia, KIRÁLY, Tibor: “Significato e valore della presunzione d’innocenza”. En: *L’indice penale*, 1992. p. 8.

58 ILLUMINATI, Giulio: *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979. pp. 29-30. El Tribunal Constitucional ha manifestado en alguna ocasión que la presunción de inocencia no queda comprometida por el auto de prisión provisional (por ejemplo, en el ATC 191/2000, de julio), pero una interpretación coherente con su doctrina ha de llevar a interpretar esta afirmación como una forma de desvincular la presunción de inocencia como regla probatoria de la adopción de medidas cautelares, que sí afectan, sin embargo, a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.

59 Sobre ello, extensamente, ASENSIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 26.

60 Fundamentalmente se trata de autores que, en el contexto de la regulación de la presunción de inocencia en el artículo 27.2 de la Constitución italiana, concluyen que no nos encontramos ante un inocente sometido a medidas limitativas, sino ante un “no culpable”, cuyo *status* vendría a ser más restringido por su condición de sujeto sometido

y modelos procesales- que la prisión provisional supone una incoherencia inasumible para el proceso de corte garantista⁶¹. Ambos representan análisis extremos -pragmático el primero y desconectado de la praxis el segundo- y no reflejan el pensamiento mayoritario, presidido hoy por el análisis ponderado de los intereses en presencia y la exigencia de un estricto cumplimiento de los presupuestos que legitiman las medidas que limitan el derecho a la presunción de inocencia⁶².

Para quienes se sitúan en esta línea, la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y las medidas cautelares personales se mitiga con el estricto cumplimiento de los presupuestos para la autorización de la medida: el *periculum in mora* (peligro de fuga) y el *fumus boni iuris* (indicios racionales de criminalidad) y, al tiempo, mediante la eliminación de los presupuestos legales que no tienen una clara naturaleza cautelar. Los fines represivos o preventivos -ya sean con carácter general o especial- que parecen estar llamados a cumplir algunos de los presupuestos previstos legalmente (como sucede, por ejemplo, con la evitación de la reiteración delictiva) desnaturalizan las medidas cautelares, en tanto presuponen la culpabilidad del imputado con anterioridad a la sentencia de condena⁶³ (si bien no cabe olvidar que nos encontramos ante fines que podrían encontrar legítima justificación si se analizan desde la perspectiva de la protección a las víctimas que pueden estar llamados a cumplir).

En una posición más crítica, pero también tratando de encontrar el mayor equilibrio posible entre prisión provisional y presunción de

a un proceso penal. Solo a título de ejemplo, véase PISANI, Mario: *Libertà personale e processo*, CEDAM, Padova, 1974. p. 8.

- 61 Es el caso de Ferrajoli, que aborda además con detalle la evolución histórica de la prisión provisional, inversamente proporcional a la de la presunción de inocencia. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, Ruiz Miguel, Alfonso, Bayón Mohino, Juan Carlos, Terradillos Basoco, Juan y Cantarero Bandrés, Rocío), Trotta, Madrid, 1995. pp. 551-553. Idéntica perspectiva crítica adopta LARRAURI, Elena: “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero-abril). pp. 57-58.
- 62 Asencio Mellado admite que la prisión provisional es incompatible con la presunción de inocencia, si bien considera que “deviene necesaria en la medida que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”. ASENICIO MELLADO, cit., p. 136. En la misma línea se sitúa JORGE BARREIRO, Alberto: “Prisión provisional: una reforma, para qué”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994. p. 8.
- 63 El fin de la evitación de la reiteración delictiva fue legitimado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 128/1995, de 26 de julio y finalmente incorporado en la LECRIM en 2003.

inocencia, se muestra Andrés Ibáñez, para quien aquella es el principal problema del proceso penal orientado a la tutela de la inocencia, pero al tiempo reconoce la imposibilidad de prescindir de ella⁶⁴ y manifiesta como única salida para los jueces la de actuar con cierta “mala conciencia” a modo de garantía frente a un uso indiscriminado y desproporcionado de la prisión provisional⁶⁵.

En definitiva, la presunción de inocencia, en su manifestación de regla de tratamiento del imputado impone, al menos, que las medidas limitativas de la libertad del investigado (y, en especial, la prisión preventiva) se acuerden únicamente (1) en presencia del elemento o fundamento cautelar o de protección legalmente previsto (exclusivamente, pues, para asegurar el procedimiento, la integridad de la prueba o para evitar la reiteración delictiva –genérica o sobre quien ya ha sido víctima del delito-) y (2) ante la existencia de un concreto *fumus boni iuris* fundado en elementos de prueba suficientes y ajustados a la gravedad de la medida⁶⁶. Solo el juego simultáneo de ambos presupuestos permite al juez decisor hacer una ponderación ajustada al principio de proporcionalidad y evaluar, entre otras, la excepcionalidad que ha de acompañar a la adopción de la medida.

El control sobre ambos presupuestos (riesgo objeto de protección e imputación suficientemente fundada) solo puede efectuarse mediante el examen de la motivación del auto por el que se acuerda la medida (506.1 LECRIM para el auto de prisión), que actúa, pues, a modo de garantía última del derecho a la presunción de inocencia y de todos aquellos que resultan afectados, por cuanto el juez habrá de expresar los elementos probatorios en los que se sustenta y el concreto riesgo que se pretende conjurar a los efectos de permitir el control de la decisión por vía de recurso. Y en este punto resulta interesante poner de manifiesto que la adopción de una medida de este tipo no solo pone en cuestión directa la presunción de inocencia como regla de tratamiento, sino también su condición de regla probatoria, la que exige que la decisión judicial (y no solo la sentencia, sino

64 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. En: AAVV, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. p. 17.

65 Calificada de *trabajo sucio* o *injusticia necesaria* o incluso *injusticia legalizada* por LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “La reforma de la prisión provisional”. En: *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004. p. 2.

66 Por todas, véase la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º), que se refiere a *indicios graves de criminalidad* y, por tanto, requiere que la decisión se apoye en indicios sólidos y no en meras sospechas o indicios como los que podrían justificar una medida menos lesiva.

cualquier decisión de la que se derive la participación del encausado en el hecho delictivo) reúna unas condiciones probatorias mínimas y muestre la existencia de elementos de juicio suficientes para entender fundada la incriminación del sujeto al que afecta. La presunción de inocencia, como todos los derechos fundamentales, resulta limitable siempre que se respete el principio de proporcionalidad, lo que tradicionalmente se ha traducido en el cumplimiento de las exigencias propias para enervar su virtualidad en la sentencia (existencia de prueba de cargo suficiente y obtenida con todas las garantías), examen que igualmente -aunque de manera ajustada a las características de la decisión y al nivel de prueba exigido, en algunos puntos diversa a las que presenta la sentencia- debe realizar el juez decisor y expresarlo de modo tal que permita evidenciar que en el caso concreto se han alcanzado los requerimientos para acordar la medida.

La situación procesal y probatoria en la que se dispone aplicar una medida cautelar o de protección resulta -o puede resultar- claramente distinta a la que se presenta tras la celebración del juicio oral y en la que se sitúa el órgano enjuiciador al expresar su parecer sobre la participación del acusado en el hecho delictivo. En particular, son dos los elementos que la diferencian del resto: el primero se refiere a la calidad de los elementos probatorios en los que se sustenta la decisión judicial, pues mientras la sentencia condenatoria se ha de fundar en verdaderos actos de prueba obtenidos con todas las garantías, el auto que acuerda una medida como la prisión provisional suele fundamentarse en el resultado de actos de investigación, y solo en ocasiones en actos de prueba anticipada. El segundo elemento apunta al nivel de prueba exigido para acordar la medida. Sin pretender entrar en la discusión acerca de si la presunción de inocencia fija o no un determinado estándar de prueba y, en su caso, cuál sería y cómo habría de concretarse, lo cierto es que la sentencia condenatoria debe mostrar que existe un cuadro probatorio muy sólido que permite descartar que hipótesis más favorables al acusado puedan considerarse fundadas. Hay que preguntarse entonces si la adopción de otro tipo de decisiones judiciales previas a la sentencia requiere -como así parece- un nivel de prueba inferior o menos exigente y, en su caso, cómo podríamos fijarlo con un mínimo de objetividad y precisión. La alusión a expresiones como indicios racionales de criminalidad, elementos suficientes o sospechas graves no resulta satisfactoria, como tampoco lo es aludir a la prueba más allá de toda duda razonable como nivel de prueba

exigido para dictar una sentencia condenatoria⁶⁷. Todos ellos son conceptos vagos que poco nos indican acerca de la calidad y cantidad de pruebas que debe avalar la toma de decisiones. Intuitivamente podemos considerar que estamos ante una exigencia particularmente estricta en el caso de la prueba más allá de toda duda razonable y algo menos estricta en el resto de casos, pero sin posibilidad de establecer una graduación con un mínimo de fiabilidad acerca de cuál es el nivel de prueba que parece requerir cada uno de ellos. Por ello es preciso integrar este tipo de expresiones con un análisis particularizado de cada caso y de los elementos probatorios disponibles, estableciendo al menos unos límites cualitativos por debajo de los cuales no es aceptable considerar justificada una decisión que limite los derechos del encausado. Esos límites cualitativos pasan, en mi opinión, por establecer una doble condición cuando la decisión se tome a partir de la información proporcionada por un colaborador. En primer lugar, es indudable que, en muchas ocasiones, la decisión judicial no puede más que acordarse sobre la base de meros actos de investigación sin valor probatorio, pero ello no debe conducir a renunciar a una mejora de la calidad de la información practicando un nuevo interrogatorio bajo estrictas condiciones de contradicción y defensa al revisar la procedencia de continuar con la privación cautelar de libertad. Según ha manifestado el TEDH⁶⁸, la información proporcionada inicialmente por el colaborador puede justificar la incoación de las actuaciones o la adopción de medidas como la detención, pero el transcurso del tiempo sin someter esa declaración a contrastación a través de los medios de averiguación previstos, la devalúa considerablemente y pone en cuestión que la fundamentación del auto de prisión sea suficiente. Basar la procedencia de una medida cautelar y, en especial, la de prisión, sobre meros actos de investigación no sometidos a elementales procedimientos de contradicción provoca, en mi opinión, un serio déficit de motivación. Y aunque en ocasiones no será posible (por ejemplo, porque el testigo no pueda comparecer o se encuentre temporalmente en ignorado paradero), es deber del juez que acuerda la medida no cesar en la búsqueda de información que confirme la declaración inculpatória, dando cumplimiento con ello, al menos, a la segunda condición que antes anunciaba: la imprescindible corroboración de la información que conduce a acordar o mantener la prisión provisional. Así lo ha entendido, por ejemplo, el legislador brasileño, que en 2019 modificó el régimen de

67 Un análisis crítico del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable* puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La valoración judicial...”, cit., pp. 95 a 101.

68 STEDH de 6 de abril de 2000 (caso *Labita c. Italia*).

la delación premiada y, entre otras reformas, prohibió expresamente que se adoptaran medidas cautelares sobre un investigado sobre la única base de la declaración de un colaborador (art. 4 §16 de la Ley 12.850 de 2013). Solo en casos de extrema urgencia, evidente riesgo y suma gravedad de los hechos debería acordarse una medida cautelar (que, por razones de proporcionalidad, solo podría ser la detención) con la única base de la declaración del testigo, y solo por el tiempo estrictamente necesario para buscar los elementos indiciarios que la corroboren y permitan fundamentar razonablemente -con la provisionalidad propia del tipo de decisión que se acuerda y del momento procesal en el que se acuerda- la relación del encausado con los hechos delictivos⁶⁹.

La trascendencia de estas medidas sobre la esfera de derechos del investigado ha de llevarnos a reforzar las cautelas para tratar de afianzar el acierto de la decisión judicial por la que se acuerdan y, en consecuencia, a considerar necesario que su adopción se sustente en información debidamente sometida a contradicción, no solo porque ello permite controlar la fiabilidad del testimonio, sino también porque permite al encausado desarrollar libremente su derecho de defensa, por sí o a través de su letrado. El respeto del principio de contradicción es, simultáneamente, garantía de verdad y respaldo del derecho de defensa⁷⁰.

Como ya se ha anticipado, solo cabría excepcionar de esta regla la adopción de la medida de detención, que dado su carácter provisionalísimo podría acordarse y mantenerse sobre la base de sospechas de criminalidad, propias del inicio de la investigación penal contra una persona determinada, y siempre que se verifique simultáneamente la existencia del habilitante *periculum in mora*⁷¹. Cualquier otra medida cautelar, privativa o limitativa de libertad y por tanto no solo la de prisión, habrá de fundamentarse

69 En este sentido debe entenderse, por ejemplo, la regla probatoria prevista en el art. 158.2 del Código Procesal Penal peruano, que establece que las medidas coercitivas, al igual que la sentencia condenatoria, solo podrán acordarse sobre la base de la declaración de colaboradores (entre los que se refiere también a testigos de referencia, arrepentidos y situaciones análogas) cuando se encuentren corroboradas por otras pruebas (sometidas, pues, a las exigencias propias de la actividad probatoria)

70 Conexión entre contradicción y defensa que, entre otras muchas, ha puesto de manifiesto la STS 754/2016, de 13 de octubre.

71 Así se desprende de la STEDH de 6 de abril de 2000 (caso *Labita c. Italia*). Sobre los presupuestos habilitantes para la práctica de la detención, véase BUJOSA VADELL, Lorenzo: “Imputación y detención policial. Perspectiva española”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, agosto-diciembre de 2012, vol. 3, núm. 2. pp. 15 y ss.

en información adicional y concurrente con la proporcionada por el colaborador.

En el caso de la adopción de medidas cautelares de naturaleza patrimonial, dirigidas a asegurar responsabilidades relativas a la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, las exigencias son necesariamente distintas. Ni los derechos afectados resultan igual relevantes a los que limitan las de carácter personal (aunque esta idea podría ser claramente discutible) ni – sobre todo- el nivel de prueba exigido en relación con los pronunciamientos de carácter civil es tan alto como el que se requiere en relación con las decisiones que afectan a la presunción de inocencia. Como regla general, la adopción de una medida cautelar en el ámbito civil solo requiere un principio de prueba, una apariencia de que la pretensión está mínimamente fundada (el *fumus boni iuris* en el sentido más estricto de la expresión). No hay que olvidar, además, que la LEC prevé como tercer presupuesto, junto al riesgo de incumplimiento y a la apariencia de fundamentación de la pretensión, el ofrecimiento de una caución destinada a cubrir los posibles daños y perjuicios que se le ocasionen al sujeto afectado por la medida (art. 728.3 LEC), lo que explica también que la adopción de la medida no se sujete al mismo y exigente grado de comprobación que se espera en los casos en los que deban acordarse medidas cautelares de naturaleza personal.

No solo se plantean dificultades para acordar medidas cautelares personales a partir de la información ofrecida por colaboradores, sino que las decisiones judiciales que suponen un avance de las actuaciones hacia el juicio oral requieren también una fundamentación más sólida que el mero relato de un colaborador. En el caso español, el auto ordenando la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado (art. 779.1.4ª LECRIM) es una decisión relativa a la transformación de las actuaciones que el juez debe dictar una vez que hayan quedado descartadas las situaciones descritas en los tres primeros apartados de tal precepto y entienda, además, que existan en la causa indicios racionales de la comisión de alguno de los delitos cuyo enjuiciamiento deba realizarse por los cauces del procedimiento abreviado (art. 757 de la LECRIM). Su función se ha considerado equivalente a la reservada al auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, hasta el punto de que se ha equiparado la justificación suficiente de la comisión del hecho delictivo a la que alude el art. 779.1.4ª de la LECRIM a los indicios racionales de criminalidad exigidos por el art. 384 de la LECRIM para acordar el procesamiento.

Y del alcance de estos indicios racionales de criminalidad para acordar el auto transformador del procedimiento se ha ocupado con detalle el Tribunal Supremo español, que ha puesto de manifiesto que, en este estadio procesal, del mismo modo que no es exigible anticipar con exactitud la valoración del material probatorio que realizará el órgano enjuiciador, tampoco basta la existencia de una sospecha más o menos fundada de criminalidad. Se requiere, nos recuerda el Tribunal Supremo, la existencia de una probable criminalidad: “Solo ese nivel justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido afflictivo para el acusado, aunque sea difuso. La probabilidad de comisión del delito, se traduce en negativo, expuesto de forma poco matizada, en la racional posibilidad de que recaiga una condena. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios que, entre otras cosas, supondrían la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también el de las partes acusadoras que verían inútilmente postergada en el tiempo la decisión final ya pronosticable, y dilapidadas energías no solo procesales sino también económicas y personales cuando se trata de parte no institucional. El procesamiento exige que la hipótesis de la comisión del delito y la participación en él del inculpado sea al menos tan posible o fuerte como la contraria. Estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales⁷². De este modo, la decisión de continuación de las actuaciones requiere un examen predictivo acerca de las posibilidades de que el procedimiento finalice con una sentencia condenatoria en el caso de que siga su curso. Si el material probatorio que se espera reunir en el juicio oral a la vista de las diligencias realizadas en la investigación y de los actos de prueba anticipada que podrían sumarse a aquel no alcanza para pronosticar una

72 ATS de 31 de julio de 2013.

sentencia condenatoria como posible final del procedimiento, la resolución adecuada sería el sobreseimiento, como así debe ser cuando no se dispone de la declaración del colaborador debidamente practicada como verdadero acto de prueba -o en vías de practicarse en el juicio oral- y, con mayor razón, cuando la información incriminatoria que haya proporcionado no se encuentre mínimamente respaldada por elementos probatorios también practicados -o en vías de practicarse- con idéntico y exigente nivel de garantías.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo he tratado de mostrar las dificultades que presenta la adopción de decisiones judiciales que afectan a los derechos del investigado basadas en declaraciones prestadas por colaboradores de la Justicia en el marco del enjuiciamiento de causas penales. Sin desconocer el interés que despierta la posibilidad de traer al proceso penal información obtenida a partir de mecanismos de colaboración, es preciso no perder de vista las reglas más elementales del justo proceso y, en especial, la presunción de inocencia, que no solo juega en el momento de dictar sentencia, sino que preside todas las actuaciones procesales en las que se acuerdan medidas que afectan a la situación personal del investigado y a su estatus procesal. Es imprescindible que tales medidas se adopten solo en presencia de información relevante, fiable, obtenida y practicada con todas las garantías. Aunque no será posible en todos los casos que la declaración testifical en la que se base la medida sea sometida a contradicción, lo deseable es que se generalice la anticipación probatoria a los efectos de mejorar la calidad de la motivación de la decisión y el fundamento probatorio sobre el que se sustenta. La declaración de quienes han conocido los hechos o parte de ellos, obtenida sin intervención judicial, sin posibilidad de contradicción para el investigado y, en ocasiones, sin conocimiento de su identidad, carece de las condiciones mínimas de fiabilidad necesarias para fundamentar la adopción de medidas cautelares y de protección que reduzcan la libertad del encausado, además de suponer una limitación difícilmente justificable del derecho de defensa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en este ámbito cobra especial relevancia la corroboración de la información ofrecida por el colaborador para poder concluir con la máxima seguridad posible – aunque con carácter puramente provisional- que el encausado se encuentra involucrado en los hechos delictivos y que la información obtenida cuenta con calidad suficiente como para considerar que el colaborador ha cumplido

con su parte del acuerdo. Por ello, el ejercicio del derecho de defensa solo puede limitarse de forma motivada y fundada en presencia de intereses igualmente relevantes (como es el caso de la protección de la seguridad e integridad del testigo y de su familia), lo que justifica que, en ocasiones, se adopten medidas para preservar el anonimato del testigo (medidas que en todo caso debe acordar el órgano judicial, al margen de las que se hayan podido acordar en procedimientos previos), pero en modo alguno justifica que se prive al investigado del derecho a interrogarle o de la posibilidad de contar con información externa que corrobore su versión de los hechos.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. En: *Indret*, 4/2013.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. En: AAVV, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ASENCIO MELLADO, José María: “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”. En: *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*. Civitas, Madrid, 1987.

BUJOSA VADELL, Lorenzo: “Imputación y detención policial. Perspectiva española”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, agosto-diciembre de 2012, vol. 3, núm. 2

CONTRERAS CEREZO, Pablo: “La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)”. En: *La Ley*, 14 de junio de 2013.

DEL CARPIO DELGADO, Juana: “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”. En: *Revista Penal*, núm. 19, 2007.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio: “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, enero-abril 2016.

DI MARTINO, Corrada y PROCACCIANTI, Teresa: *La chiamata di correo*. CEDAM, Padova, 2007.

DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”. En: *La Ley*, 1996.

DIGES JUNCO, Margarita: “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 68, julio de 2010.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 64, marzo de 2009.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, Ruiz Miguel, Alfonso, Bayón Mohino, Juan Carlos, Terradillos Basoco, Juan y Cantarero Bandrés, Rocío). Trotta, Madrid, 1995.

FUENTES SORIANO, Olga: “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.

GIMENO BEVIÁ, Jordi: *El proceso penal de las personas jurídicas*. Toledo, 2014. Tesis doctoral disponible en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%C3%A1.pdf?sequence=1>

GIMENO SENDRA, Vicente: “Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal”. En: *Universidade da Coruña*, 2012, pp. 75 y ss. Disponible en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9178/ponencias_06_Gimeno_Sendra_73-90.pdf?sequence=1

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Colex, Madrid, 2004.

ILLUMINATI, Giulio: *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Zanichelli, Bologna, 1979.

JORGE BARREIRO, Alberto: "Prisión provisional: una reforma, para qué". En: *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 2/1994.

JUDD, Ketiah: "Corroboration", disponible en:

http://new.vicbar.com.au/pdf/CLE_Seminar08032005Judd.pdf

KIRÁLY, Tibor: "Significato e valore della presunzione d'innocenza". En: *L'indice penale*, 1992.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo: "La reforma de la prisión provisional". En: *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004.

LARRAURI, Elena: "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Fasc. I (enero-abril).

MARTÍNEZ GALINDO, Gema: "Valor probatorio de declaraciones de coimputados". En: *La Ley Penal*, núm. 7, julio 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)". En: *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008.

NEIRA PENA, Ana María: "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal". En: *Política criminal*, Vol. 11, No 22 (Diciembre 2016), Art. 5, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf,

NIETO MARTÍN, Adán: "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal". En: *La Ley*, nº 8120, 5 de Julio de 2013.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: "El difícil encaje del delator en el proceso penal español". En: *La Ley*, núm. 8560, 12 de junio de 2015.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la Justicia". En:

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr. 2017. [https:// doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38](https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38)

PISANI, Mario: *Libertà personale e proceso*. CEDAM, Padova, 1974.

QUIROZ SALAZAR, William F.: “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”. En: *Revista oficial del Poder Judicial*, 2/1, 2008.

RUBIO EIRE, José Vicente: “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal”, disponible en http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_560680001.html

SAN MARTÍN CASTRO, César: “Persecución penal de la corrupción política (reflexiones desde el Perú)”. En: AAVV, *Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”. En: *Revista Xurídica Galega*, núm. 50, 2006.

SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes: “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”. En: *La Ley*, núm. 7856, 11 de Mayo de 2012.

TRANCHINA, Giovanni (con Siracusano, Delfino, Galati, Antonino y Zappalà, Enzo): *Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 2ª ed., Vol. I, Milano, 1996.

VELLOSO PARENTE, Bruna, Chequer Feu Rosa, Júlia y Cesar Fabríz, Daury: “Colaboração premiada como método de tutela estatal nos crimes de lavagem de dinheiro”. En: *Derecho y cambio social*, núm. 58, octubre-diciembre 2019.

WALTON, Douglas y REED, Chris: “Evaluating Corroborative Evidence”, disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37948777/06issa_walton_reed.pdf?1434754387=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEvaluating_Corroborative_Evidence.pdf&Expires=1595272526&Signature=OZ1S29wRlaHERBYr~TCUnXS8dqW26vEfpdmzGcf4H8VhTxyey0qIPTatGKRfNkwvs3P25p-j~KJUH3xJuAF3O7mrpu2zw1dSukM2RDQ2MqoeO2QL-Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

Zavaglia, Francesca: *La prova dichiarativa nel giusto processo*, CEDAM, Padova, 2007.

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR BAJO LA LEY 20.357

SUPERIOR RESPONSIBILITY ACCORDING TO LAW 20.357.

JUAN PABLO MAÑALICH R.*

Resumen

El artículo ofrece una reconstrucción dogmática de la regla sobre responsabilidad del superior, establecida en el art. 35 de la Ley 20.357, perfilando sus particularidades frente a la correspondiente regla plasmada en el art. 28 del Estatuto de Roma. Tras dar cuenta de cómo la regla en cuestión admite ser puesta en el contexto general de las formas de intervención que reconoce el Código Penal, esa forma de responsabilidad es contrastada con aquella prevista en el art. 36 de la misma ley, correspondiente a la impartición de una orden conectada con la perpetración de algún delito allí tipificado. Esto último da pie para comparar, a este respecto, las reglas fijadas en la Ley 20.357 con la regulación pertinente del Código de Justicia Militar. El artículo se cierra con una indagación en las condiciones de imputación subjetiva de cuya satisfacción depende una atribución de responsabilidad al superior por uno o más delitos penalizados en la ley en cuestión, fundada en la omisión del impedimento de su perpetración, en referencia específica al elemento de contexto que cuenta como presupuesto típico de los crímenes de lesa humanidad.

Palabras Clave

Responsabilidad del superior, autoría y participación, responsabilidad por impartición de una orden, dolo e ignorancia deliberada, crímenes de lesa humanidad.

Abstract

The article offers a doctrinal reconstruction of the rule of superior responsibility, fixed in Art. 35 of the Chilean 20.357 Act, outlining its distinctive features against the corresponding regulation established in Art. 28 of the Rome Statute. After explaining how that rule may be placed in the general context of the intervention forms (in the sense of co-perpetration and accomplice liability) recognized by the Chilean Penal Code, that very intervention form is contrasted with the one defined in Art. 36 of the 20.357 Act, which corresponds to liability for issuing an order related to the perpetration of an offense. This leads to a comparison of that regulation with the relevant rules of the Military Justice Code. The article closes with an inquiry into the *mens rea* conditions that need to be satisfied for an ascription of responsibility to the superior for offenses punishable under the Act, grounded upon a failure to prevent their perpetration, in specific reference to the contextual element that integrates the definition of crimes against humanity.

Keywords

Superior responsibility, co-perpetration and complicity, liability for ordering, knowledge and willful blindness, crimes against humanity

I. INTRODUCCIÓN

Además de la pregunta misma acerca de si las violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes del Estado en la represión de manifestantes han alcanzado a constituirse como crímenes de lesa humanidad¹, un problema especialmente difícil asociado a la valoración jurídico-penal de los sucesos desarrollados en Chile a partir del 18 de octubre de 2019 concierne al alcance de la regla sobre responsabilidad del

Artículo recibido para su evaluación el 20 de abril de 2020, y aprobado para su publicación el 21 de julio de 2020.

- * Doctor en derecho, Universidad de Bonn. Director y profesor titular del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile. Santiago de Chile. Email: jpmanalich@derecho.uchile.cl. Agradezco a Paula Astudillo N., ayudante *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales, por su ayuda en la revisión del texto.
- 1 Sobre esto, MAÑALICH, Juan Pablo: “Los crímenes de lesa humanidad entre el derecho internacional y el derecho interno a propósito del ‘estallido social’ chileno”. En: *Enfoques Penales*, abril-2020. pp. 1 ss.

superior, plasmada en el art. 35 de Ley 20.357, que reza: Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.

La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.

Esta regla puede ser esgrimida para fundar una o más imputaciones en contra de personas que, ocupando posiciones de autoridad civil o jefatura militar, hubieran podido prevenir la perpetración, entre otros, de crímenes de lesa humanidad. La pregunta así planteada ha perdido su posible connotación especulativa, en razón de las varias querrelas ya presentadas contra el actual Presidente de la República, contra dos de sus exministros del Interior y Seguridad Pública, así como contra el ahora ex Director General de Carabineros de Chile, entre otros.

El interés por la pregunta no descansa, desde luego, en que esa regla sea la única que pudiera resultar aplicable para fundar, eventualmente, las respectivas imputaciones. Antes bien, la cuestión interesa porque, a diferencia de las reglas generales que definen las condiciones de responsabilidad a título de autoría o participación, previstas en el Código Penal (“CP”), la regla sobre responsabilidad del superior ha sido importada desde el derecho penal internacional, siendo incierto el sentido y alcance que nuestra práctica judicial pudiera llegar a atribuir a la disposición legal en la cual esa regla se encuentra expresada.² Esta incertidumbre se ve agravada por el hecho de que, en atención al tenor literal de su formulación, las condiciones de aplicación de la regla del art. 35 de la Ley 20.357 son solo parcialmente coincidentes con las condiciones de aplicación de la

2 Para un análisis pormenorizado de las dificultades metodológicas asociadas al esfuerzo de conmensuración de tradiciones y paradigmas regulativos diversos requerido para la reconstrucción dogmática de estas y otras formas de responsabilidad distintivamente pertinentes en contextos de “intervención organizada” en uno o más hechos punibles, véase COUSO, Jaime: “Intervención delictiva y organización. Necesidades y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional y comparado”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1, 2015. pp. 269 ss., 280 ss.

regla del art. 28 del Estatuto de Roma (“EdR”), que representa el modelo a partir del cual esa formulación fue diseñada³.

II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR COMO REGLA DE EQUIPARACIÓN PENOLÓGICA

Según el inc. 1º del art. 35 de la Ley 20.357, quienes ocupando *de iure* o *de facto* una posición de autoridad (civil) o jefatura militar no hayan impedido, pudiendo hacerlo, la perpetración de delitos tipificados en esa misma ley, y de los cuales hayan tenido conocimiento, “serán sancionados como autores” de esos delitos. En caso de no haber sido posible el impedimento de la perpetración de los delitos en cuestión, a pesar de haber tenido el superior conocimiento de ellos, su omisión de “dar aviso oportuno a la autoridad competente” condiciona la imposición de la pena prevista para el autor del crimen respectivo, rebajada en uno o dos grados, según lo prevé el inc. 2º.

Una primera dificultad que impone la exégesis de la disposición consiste en esclarecer cuál o cuáles son las estructuras de imputación que pueden corresponderse con la responsabilidad instituida por la regla del inc. 1º. En referencia al art. 28 del EdR, la respuesta a esa misma pregunta, *mutatis mutandis*, ha resultado especialmente controvertida en el esfuerzo por la “dogmatización” de la parte general del derecho penal internacional⁴. Si se defiende, como aquí se hace, la tradicional

3 Para una contrastación de las dos disposiciones, CÁRDENAS, Claudia: “La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley 20.357”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII, Nº 2, 2010. pp. 35 ss. En general sobre el recurso al derecho (penal) internacional para la interpretación de las disposiciones de la Ley 20.357, CÁRDENAS, Claudia: “La aplicabilidad del derecho internacional por tribunales chilenos para interpretar la Ley Nº 20.357”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, Nº 2, 2013. pp. 124 ss., 129 ss.

4 Al respecto, véase TRIFFTERER, Otto y ARNOLD, Roberta: “Art. 28”. En: Triffterer, Otto y Ambos, Kai (coords.): *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. 3ª ed. C.H. Beck, Hart y Nomos, Múnich, Oxford y Baden-Baden, 2016. n.m. 4 ss. En referencia inmediata al art. 25 del EdR, véase el fundado llamado de atención de Guzmán Dálbora acerca del desafío metodológico que impone la reconstrucción de la regulación aplicable por la Corte Penal Internacional; al respecto, GUZMÁN DALBORA, José Luis: “El concepto de autor en el Estatuto de Roma y su aplicación en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: un dilema metodológico”. En: Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian: *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga*. CEDPAL y Konrad Adenauer Stiftung, Berlín y Bogotá, 2014. pp. 232 ss., 253 ss.

subordinación de la fundamentación de una autoría mediata al así llamado “principio de responsabilidad”, esta estructura de imputación solo puede venir en consideración en casos en los cuales en la respectiva “persona de delante” falle un presupuesto del carácter delictivo de su comportamiento⁵. Y esto no guarda relación alguna con las constelaciones relevantes bajo la regla aquí considerada.

Ello no excluye la posibilidad de que se presenten casos en los cuales quepa hablar, *stricto sensu*, de un autor “detrás” de otro autor, sin que el comportamiento imputable a este último exhiba una falta de ilicitud, y sin que en su persona se configure algún déficit de responsabilidad. De acuerdo con las premisas teóricas aquí favorecidas, empero, esa posibilidad solo es compatible, conceptualmente, con la forma de autoría que denominamos “coautoría”, que perfectamente puede asumir la forma de una coautoría “vertical”⁶, así como con la inducción y la complicidad en cuanto formas de participación en sentido estricto, esto es, de intervención accesoria.

Bajo la concepción aquí asumida, una imputación a título de coautoría depende de que en el comportamiento de cada uno de los respectivos intervinientes en el mismo hecho punible sea reconocible una contribución “representativa” a la realización del tipo, en el sentido de que cada uno de ellos pueda ser tenido por representante de, y a la vez como representado por, cada uno de los demás, sin que ello implique que tal contribución necesariamente hubiera de exhibir, por sí misma, relevancia típica⁷. El punto

5 Lo cual quiere decir: los presupuestos de la constitución de un injusto imputable a su respecto. Sobre ello, MAÑALICH, Juan Pablo: “La estructura de la autoría mediata”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. XXXIV, 2010, pp. 396 ss. Esto supone, en particular, rechazar la construcción de una así llamada “autoría mediata a través de un aparato organizado de poder”; para una muy representativa visión de conjunto, véanse las contribuciones reunidas en AMBOS, Kai y MEINI, Iván (eds.): *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Ara, Lima, 2010, en inmediata referencia a la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo del Perú en el así llamado “caso Fujimori”. Para una crítica de la construcción, véase REYES, Ítalo: “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 28, 2018, pp. 114 ss., 126 ss.

6 Fundamental sobre esto, LAMPE, Ernst-Joachim: “Tätersysteme: Spuren und Strukturen”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 119, 2007, pp. 508 ss. Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo: “Intervención ‘organizada’ en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador”. En: Couso y Werle (dirs.): *Intervención delictiva en contextos organizados*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 45 s., con referencias ulteriores.

7 Para esta concepción, véase KINDHÄUSER, Urs: “Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”. En: Bohnert, Joachim et al. (coords.): *Verfassung —*

decisivo es que el carácter representativo de la contribución en cuestión es siempre sensible al contexto, lo cual en lo inmediato significa lo siguiente: mientras más complejo sea el esquema de vinculación de las contribuciones individuales a través de cuya coordinación resulte posibilitada y favorecida la realización del tipo-de-delito, menor necesitará ser el peso específico de cada contribución, aisladamente considerada⁸.

Ello debe ser complementado con la consideración de que, con total independencia de si el hecho punible de cuya posible imputación se trata se corresponde o bien con un delito comisivo o bien con un delito omisivo, la contribución que haga posible la imputación personal del hecho a título de coautoría puede consistir no solo en la ejecución de una determinada acción, sino también en su omisión, siempre que en este último caso el interviniente en cuestión se encuentre en una correspondiente posición de garante⁹. Que una persona que cuenta como garante pueda contribuir “representativamente”, *qua* coautor, a la realización del tipo de un delito comisivo —por ejemplo, por la vía de omitir, en el marco de un esquema de interpretación compartido con los demás intervinientes, una acción potencialmente impeditiva del despliegue de uno o más comportamientos típicamente relevantes—, deviene posible sin más una vez que se diferencian, consistentemente, las preguntas por el objeto y la base de la respectiva imputación, esto es: la pregunta acerca de qué es aquello de lo cual alguien puede ser responsabilizado, por un lado, y la pregunta acerca de aquello en virtud de lo cual alguien responde de aquello de lo cual responde, por otro¹⁰.

Pero lo anterior deja intacta la posibilidad conceptual de que quien, en cuanto garante, omite impedir que otra u otras personas perpetren un delito hubiera de responder como partícipe, esto es, como inductor o como cómplice, según cuál sea la naturaleza de la acción a través de cuya ejecución aquel habría podido impedir la perpetración del delito en cuestión. Esto

Philosophie — Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach. Duncker & Humblot, Berlín, 2001. pp. 645 ss. Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo: *Norma, causalidad y acción.* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, 2014. pp. 82 ss., con referencias ulteriores.

8 Para la correspondiente interpretación del art. 15 del CP, véase MAÑALICH, Juan Pablo: “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, 2011. pp. 283 ss.

9 En detalle, MAÑALICH, Juan Pablo: “Omisión del garante e intervención delictiva”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, N° 2, 2014. pp. 250 ss., 261 ss.

10 Véase MAÑALICH, “Intervención ‘organizada’ ...”, cit., pp. 26 s.

adquiere especial importancia tratándose de garantes por desempeño de una función de control o vigilancia¹¹. Así, si la acción que el garante pudiera haber ejecutado para llevar al autor o a los autores del delito en cuestión a no comportarse delictivamente hubiera consistido en determinar a aquel o a aquellos —por ejemplo, a través de una orden— a no perpetrarlo, entonces cabría pensar en una responsabilidad por inducción omisiva. En cambio, si la acción cuya omisión fundara la responsabilidad del garante por el delito en cuestión hubiera consistido en privar al perpetrador o a los perpetradores de los medios o de la ocasión para la realización del tipo, entonces el garante podría venir en consideración como cómplice por omisión. A este último respecto, y a diferencia de lo que exige la simetría de las posiciones que han de ocupar los coautores de un mismo hecho punible, para la configuración de una complicidad en un delito ajeno no es necesario en lo absoluto que el o los autores lleguen a estar al tanto de la contribución prestada por el eventual cómplice. Esto se explica por el hecho de que, a diferencia de la coautoría, la complicidad no requiere que entre el o los autores del delito en cuestión, por un lado, y el cómplice, por otro, exista un esquema compartido de interpretación de sus respectivos comportamientos.

Cuestión enteramente distinta es que la regulación legal vigente o la praxis judicial sustenten la postulación de una coautoría por omisión, o bien de una inducción o complicidad por omisión¹². Esto es justamente lo que queda zanjado, en el ámbito que aquí interesa, por la regla del inc. 1º del art. 35 de la Ley 20.357. Según ya se observara, esta disposición declara que el superior (civil o militar) que, pudiendo hacerlo, no hubiere impedido la perpetración de uno o más delitos de aquellos tipificados en la misma ley por parte de sus subordinados, y de cuya (futura) perpetración hubiera estado al tanto¹³, “será[...] sancionado[...] como autor[...]”. Tal como ocurre con el encabezado del art. 15 del CP, según el cual “se considerarán autores” quienes contribuyan a la perpetración de un hecho punible en alguna de las tres formas enunciadas en los numerales del mismo artículo¹⁴, la disposición aquí considerada tampoco declara que el

11 Al respecto, MAÑALICH, “Omisión del garante...”, cit., pp. 266 ss., 268 s.

12 Acerca de lo embrionaria que parece ser la discusión doctrinal chilena a este respecto, véase HERNÁNDEZ, Héctor: “Art. 15”. En: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.): *Código Penal Comentado. Parte General*. Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2011. p. 387.

13 La exigencia de “conocimiento”, establecida en el inc. 1º del art. 35, es analizada *infra*, 4.

14 En general acerca de las posibilidades y dificultades interpretativas que ello trae consigo, HERNÁNDEZ, cit., pp. 384 s., 388 ss., 399 ss., 408 s.

superior que no impide la perpetración de los correspondientes delitos *sea* autor de estos, sino solo que ha de ser castigado como si lo fuera. Con ello, y dadas las condiciones establecidas en el ya referido inc. 1º del art. 35 de la Ley 20.357, cabe asumir que una intervención que según las categorías generales no sería constitutiva más que de una complicidad omisiva resulta así punitivamente equiparada a una intervención constitutiva de autoría.

Esto último es compatible con que, en atención a las particularidades de la situación que se suscite, la contribución omisiva del superior pudiera satisfacer las condiciones para una imputación a título de coautoría. Bajo las reglas plasmadas en el CP, ello dependería de que entre el superior y los subordinados perpetradores hubiera existido un concierto previo, en los términos del N° 3 de su art. 15. En este último caso, cabría decir, el superior será autor —esto es, coautor—, además de poder ser castigado como tal.

En atención a la magnitud del desacuerdo que sobre este punto muestra la doctrina especializada en el ámbito del derecho penal internacional¹⁵, la caracterización de la intervención del superior que omite impedir la perpetración de los respectivos hechos punibles como una que, estructuralmente y de acuerdo con las categorías generales, puede tener o bien el estatus de una coautoría o bien el estatus de una participación tiene al menos la ventaja de evitar su categorización como un título de imputación *sui generis*¹⁶. En cualquier caso, es imprescindible notar que, en los términos de la regla de equiparación así reconstruida, la omisión del impedimento del comportamiento delictivo de los subordinados se identifica con la base para la eventual imputación susceptible de ser dirigida al superior, siendo el comportamiento delictivo inmediatamente desplegado por los perpetradores lo que vendrá en consideración como el *objeto* de esa misma imputación¹⁷.

15 Para dos tratamientos monográficos del problema, véase BURGHARDT, Boris: *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2008; KARSTEN, Nora: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*. Duncker & Humblot, Berlín, 2010.

16 Al respecto, y pormenorizadamente, BURGHARDT, cit., pp. 402 ss., 407 ss., 419 ss.

17 Claramente en esta dirección, aun cuando en referencia inmediata a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, *ibídem.*, pp. 402 s.; en referencia al art. 28 del EdR, KARSTEN, cit., p. 410.

III. LA COMPARACIÓN CON LA REGLA DE RESPONSABILIDAD POR LA IMPARTICIÓN DE UNA ORDEN DIRIGIDA A LA PERPETRACIÓN O AL NO IMPEDIMENTO DE UN DELITO

La tesis recién esbozada encuentra apoyo inmediato en la regla establecida en el art. 36 de la Ley 20.357. De acuerdo con esta disposición, [l]a orden de cometer una acción o de incurrir en una omisión constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la orden de no impedir las, impartida por una autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, lo hace responsable como autor.

La regla así formulada hace posible atribuir responsabilidad “como autor” a quien, ocupando *de iure* o *de facto* la posición de autoridad (civil) o jefe militar, imparte una orden o bien inmediatamente dirigida a la perpetración de un delito (comisivo u omisivo) tipificado en la misma ley, o bien dirigida a que quien la reciba no impida la perpetración de un delito de la misma índole por parte de alguna otra persona. Tal como ocurre bajo la regla del inc. 1º del art. 35, la responsabilidad “como autor” susceptible de ser atribuida al superior que ha impartido la orden es una responsabilidad que no necesariamente satisfará los presupuestos de una autoría con arreglo a las categorías generales. Demostrar esto último exige analizar diferenciadamente los presupuestos de las dos formas de autoría que, *prima facie*, podrían resultar pertinentes aquí, a saber: la autoría mediata, por un lado, y la coautoría, por otro.

Contra lo que pudiera pensarse, la responsabilidad del superior por el hecho punible a cuya perpetración o a cuya falta de impedimento se encuentre dirigida la orden por él impartida no admite ser reconducida a la estructura de imputación de la autoría mediata, si esta es modelada en congruencia con el ya referido principio de responsabilidad. Aquí puede ser de importancia contrastar el modelo regulativo plasmado en la Ley 20.357 con la regulación todavía contenida en el Código de Justicia Militar (“CJM”). Según el art. 335 de este cuerpo legal, la obligatoriedad del cumplimiento de la orden recibida de parte del respectivo superior, según lo previsto en el art. 334, se conserva aun en caso de que la orden “tienda manifiestamente a la perpetración de un delito”. Si en este último caso el subordinado que recibe la orden hace uso de la facultad de representar tal circunstancia al superior que la ha impartido, la eventual insistencia de este, según lo prevé el inc. 2º del art. 335, deja al subordinado obligado a

cumplirla.¹⁸ Esto resulta perfectamente consistente con que el art. 214 del CJM establezca que: [c]uando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.

Que esta regla declare que, en el caso aquí considerado, el superior que ha impartido la orden “será el único responsable”, se deja reconstruir óptimamente una vez que se advierte que la obligatoriedad de la ejecución de la orden para el subordinado vuelve justificado el comportamiento de este en el sentido del “cumplimiento de un deber”, en los términos del art. 10 N° 10 del CP. Se trata aquí del deber de obediencia impuesto por los arts. 334 y 335 del CJM, siendo la impartición de la orden lo que convierte al superior en primariamente competente por la falta de ilicitud del comportamiento del subordinado. Así, y en conformidad con las categorías generales, esto basta para fundar la responsabilidad del superior como autor mediato por la correspondiente “actuación justificada del instrumento”¹⁹. Y a su vez, la excepción que el art. 214 del CJM reconoce a este respecto se corresponde con el caso en que, también según las reglas generales, se satisfagan los presupuestos de una coautoría, en la medida en que el superior que impartiera la orden hubiera estado previamente concertado, según lo previsto por el N° 3 del art. 15 del CP, con quienes, dando cumplimiento a la orden, hayan intervenido ejecutivamente en la perpetración del delito, en el sentido del N° 1 del mismo artículo²⁰.

En contraste con esto, el art. 38 de la Ley 20.357 no solo niega eficacia justificante, sino ya toda eficacia eximente a la circunstancia de que quien ha perpetrado un hecho punible tipificado en esa misma ley haya obrado dando cumplimiento a la orden impartida por algún superior, dejando abierta la posibilidad de que —según las reglas generales— se configure una exención de responsabilidad si quien diera cumplimiento a la orden hubiera “actuado coaccionado o a consecuencia de un error”²¹. Lo crucial del desconocimiento de eficacia eximente a la así llamada “obediencia jerárquica” radica, en lo que aquí interesa, en que ello basta para descartar que el delito perpetrado

18 Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo: “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXI, 2008. pp. 68 ss.

19 Véase MAÑALICH, “Organización delictiva ...”, cit., pp. 286 ss.

20 *Ibidem.*, pp. 284 ss., 288.

21 Al respecto, véase MATUS, Jean Pierre: “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”. En: *Política Criminal*, vol. 9, N° 17, 2014. pp. 256 ss.

por quien ha ejecutado la orden pudiera ser imputable al superior que la impartió *qua* autor mediato. Pues de acuerdo con el ya mencionado art. 38, no es posible sostener que, por la vía de impartir la orden, el superior se haya hecho primariamente competente por una circunstancia que hubiera comprometido el carácter delictivo del comportamiento del subordinado, en cuanto comportamiento atribuible a este.

De ello se sigue que el art. 36 de la Ley 20.357 no admite ser interpretado en el sentido de una regla que instituiría una responsabilidad por autoría mediata. Antes bien, y tratándose del primero de los dos casos genéricos allí previstos, la orden impartida por el superior, dirigida a la perpetración de uno o más delitos por parte de los subordinados que la reciben, convertirá al primero en inductor, quedando como tal sometido al mismo régimen punitivo que el aplicable al autor, lo cual no es más que una reiteración de lo dispuesto en el N° 2 del art. 15 del CP.²² Pero tal como ya se anticipara, el artículo 36 de la Ley 20.537 tampoco puede ser leído como la formulación de una regla que instituiría una responsabilidad por coautoría. Pues los presupuestos de la responsabilidad allí prevista no son asimilables, *in toto* al menos, a las condiciones de cuya satisfacción dependería el reconocimiento de una coautoría “vertical”.

Para advertir por qué, basta con prestar atención al segundo de los dos casos genéricos previstos en el mismo art. 36, consistente en que el superior imparta una orden orientada a que quien la reciba no impida la perpetración de uno o más de los delitos en cuestión. Que la impartición de una orden semejante no bastaría, por sí misma, para fundar la coautoría del superior por el o los hechos punibles cuya perpetración no se haya visto impedida como consecuencia del cumplimiento de esa orden, se sigue de que en tal caso ni siquiera cabe asumir que el receptor de la orden se constituiría en coautor de los delitos cuya perpetración no omitiera en cumplimiento de la orden. Pues, según lo ya explicado, es posible que esta intervención omisiva —y dando por supuesta la correspondiente posición de garante—, no tenga sino el carácter de una complicidad. Y a ello se añade que, aun con

22 Acerca del alcance así atribuido al N° 2 del art. 15 del CP, MAÑALICH, “Organización delictiva ...”, cit., p. 285, n. 20. En lo fundamental, ello descansa en la consideración de que —contra lo que Hernández, ob. cit., p. 391, identifica como la opinión dominante— quien “fuerza” a otra persona a perpetrar un delito meramente lo induce a ello, en la medida en que la coacción (motivacional) así ejercida no alcance a excluir la responsabilidad del coaccionado —paradigmáticamente, bajo alguna de las causas de exculpación de los números 9 y 11 del CP—, de manera tal que no se satisfagan los presupuestos de una autoría mediata.

independencia de cuál sea el estatus de la intervención omisiva del receptor de la orden, tampoco cabrá asumir que el superior que la ha impartido se haya concertado previamente con quienes perpetraron el o los delitos en cuestión. Esto, porque en tal caso no serán los perpetradores inmediatos quienes vengan en consideración como destinatarios de la orden²³.

Por supuesto, es del todo concebible que, en cualquiera de las situaciones ya examinadas, el superior que ha impartido la orden pueda tener responsabilidad a título de autor mediato o a título de coautor. El punto es, más bien, que ello dependerá de la satisfacción de los respectivos presupuestos de una y otra forma de autoría, y no de la satisfacción de las condiciones establecidas en el art. 36 de la Ley 20.357. Desde este punto de vista, la función de esta regla, al igual que la función de la regla del art. 35 de la misma ley, consiste en someter la intervención de quien ocupa una posición de autoridad civil o jefatura militar al régimen punitivo previsto para la autoría, a pesar de que según las categorías generales su intervención pudiera ser constitutiva, más bien, de una inducción o una complicidad.

No estaría de más cerrar la presente sección observando que el planteamiento hasta aquí presentado tiene una consecuencia inmediata para la interpretación del inc. 2º del art. 36 de la misma ley, que dispone: Si la orden no fuere cumplida por el subalterno, la autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, responderá en todo caso como autor de tentativa de dicho delito.

En contra de lo que pudiera pensarse, esta disposición no pueda ser interpretada en el sentido de una regla declarativa, que simplemente haría explícito que al impartir la orden respectiva el superior se constituiría en autor de la tentativa del delito a cuya perpetración o falta de impedimento aquella se encuentre referida. Esta tesis interpretativa desconocería que, aun asumiendo que ella hubiera de terminar fundando la responsabilidad del superior como autor mediato o coautor, la impartición de la orden no admite identificarse con un principio de la ejecución del delito por hechos

23 Esto tendría importancia frente a la posibilidad de sustentar una imputación a título de inducción. Dado que el tenor literal del N° 2 del art. 15 exige que la inducción sea “directa”, lo cual basta para descartar, *de lege lata*, la punibilidad de una inducción “en cadena”, de ello se sigue que —según la concepción aquí favorecida— el inductor ha de proveer, *inmediatamente*, una razón (motivacionalmente) eficaz para la perpetración del delito por parte de su autor o sus coautores. En general sobre el problema, véase HERNÁNDEZ, cit., pp. 409 s., con referencias posteriores.

directos, según lo exige el inc. 3º del art. 7º del CP²⁴. Antes bien, todo habla a favor de interpretar la disposición en análisis como una regla constitutiva de la punibilidad del comportamiento del superior en cuanto “acto preparatorio”²⁵, que como tal muestra (solo) una proximidad estructural con la proposición, tal como esta es definida en el inc. 2º del art. 8º del CP²⁶.

IV. LA EXIGENCIA DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA.

Para concluir, cabe poner la vista en la especificidad de los presupuestos de imputación subjetiva de cuya respectiva satisfacción depende, bajo el art. 35 de Ley 20.357, que al superior pueda atribuirse responsabilidad por el o los delitos cuya perpetración él hubiera omitido impedir. Para ello puede ser ilustrativo comparar la exigencia de “conocimiento”²⁷, allí establecida, con el considerablemente más complejo conjunto de estándares establecidos en el art. 28 del EdR.

24 Sobre esto, y detalladamente, MAÑALICH, Juan Pablo: “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 28, 2021, donde se ofrece, además, una defensa de la así llamada “solución global” para el reconocimiento del inicio de una tentativa imputable en autoría mediata o en coautoría.

25 La expresión es usada entre comillas, para sugerir su inadecuación para aludir tanto a lo que Jiménez de Asúa prefería denominar “actos de [manifestación de una] voluntad de delinquir” —género del cual serían especies la conspiración, la proposición y la amenaza (simple)— como a lo que, en referencia al título de punibilidad aquí considerado, cabría adaptativamente llamar un “acto de imposición de una voluntad de delinquir”. En general sobre ello, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, 3ª ed. Losada, Buenos Aires, 1985. pp. 261 ss., 268; al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo: “Tentativa y resolución-al-hecho”. En: *Isonomía*, N° 51, 2019. pp. 33 s.

26 Se trata de una relación de proximidad, y no de equivalencia, en razón de que, según reza el inc. 2º del art. 8º del CP, “[l]a proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas”, lo cual no se corresponde con la situación de quien imparte una orden para que alguien distinto perpetre un delito u omite impedir su perpetración. La diferencia queda debidamente expresada a través de la distinción entre un acto de manifestación de una voluntad de delinquir y un acto de imposición de una voluntad de delinquir, sugerida en la nota precedente.

27 Acerca de las (problemáticas) implicaciones semánticas y epistémicas del concepto de *conocimiento* para especificar los presupuestos de una imputación a título de dolo, que hacen aconsejable la utilización del concepto de una creencia cualificada por un grado de probabilidad decisoriamente relevante para reconstruir el uso legislativo de expresiones derivadas de los verbos “conocer” y “saber”, véase MAÑALICH, Juan Pablo: “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”. En: *Política Criminal*, vol. 14, N° 27, 2019. pp. 303 ss.

Reconociendo la suficiencia del “conocimiento” (*knowledge*) de la perpetración actual o inminente de los crímenes en cuestión, el art. 28 del EdR prescinde de hacer de aquel una condición necesaria de la atribución de responsabilidad al superior, por la vía de establecer un criterio alternativo de imputación subjetiva, diferentemente formulado respecto de quienes ocupan posiciones de jefatura militar, por un lado, y respecto de quienes ocupan posiciones de autoridad civil, por otro. En el primer caso, basta con que el superior hubiera “debido saber” (*should have known*) de ello, en atención a las circunstancias existentes en el momento relevante; en el segundo caso, en tanto, es suficiente que el superior haya “conscientemente ignorado [*consciously disregarded*] información que indicara claramente que los subordinados estaban cometiendo o ad portas de cometer tales crímenes”. Con ello, el estándar mínimo de imputación subjetiva aplicable en relación con un jefe militar admite ser identificado con una exigencia de imprudencia (o “negligencia”²⁸; tratándose de una autoridad civil, y no obstante la controversia interpretativa existente al respecto, el estándar mínimo parece ser uno de ignorancia deliberada²⁹.

Más allá de las dificultades conceptuales que se enfrentan cuando se echa mano a esta última noción, tendría que ser claro que el segundo estándar es más exigente que el primero³⁰. Si bien ambos se corresponden con criterios de imputación “extraordinaria” (en razón de que su satisfacción hace posible compensar la respectiva falta de conocimiento)³¹, para atribuir responsabilidad por imprudencia basta con que el sujeto pasivo de la imputación no se haya preocupado (suficientemente) de obtener el conocimiento relevante³², en tanto que una responsabilidad por ignorancia

28 Así AMBOS, Kai: *Treatise on International Criminal Law*. Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 221 ss.

29 Véase KARSTEN, cit., pp. 409 ss.; también AMBOS, cit., pp. 227 ss. La manera en que ambos autores definen el concepto de ignorancia deliberada, empero, difiere de la concepción aquí asumida.

30 Al respecto, KARSTEN, cit., pp. 411 s; AMBOS, cit., p. 227. La sugerencia que TRIFFTERER, y ARNOLD, cit., n.m. 127, formulan en la dirección contraria es difícilmente inteligible: si se asume que para los superiores militares, dada “su posición al interior de una estructura jerárquica y organizada”, será “mucho más fácil recibir información acerca de la conducta de sus subordinados”, ello parece hablar a favor de fijar, por contraste, un estándar más alto para atribuir responsabilidad a las autoridades civiles.

31 Sobre ello, véase MAÑALICH, Juan Pablo: “La imprudencia como estructura de imputación”. En: *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, Nº 3, 2015. pp. 13 ss

32 Nótese que ello es conceptualmente independiente del carácter activo o pasivo que puede exhibir la medida de precaución cuya adopción sea exigida por la respectiva “incumbencia de cuidado”, en cuya infracción consista la imprudencia.

deliberada queda fundada en que aquel se haya preocupado (suficientemente) de no obtener ese conocimiento. La diferencia radica, en otras palabras, en la distinta base actitudinal sobre la cual descansa el respectivo criterio cuya satisfacción es capaz de subrogar la imposibilidad de atribuir al superior —militar o civil, según corresponda— una creencia constitutiva de “conocimiento” acerca de la perpetración de los crímenes que aquel debía impedir. En efecto, tratándose de una imputación a título de imprudencia, el criterio de subrogación se identifica con una despreocupación por la adquisición de una representación de las circunstancias que hubiera hecho posible el impedimento del comportamiento delictivo desplegado por los subordinados. Tratándose de una imputación por ignorancia deliberada, en cambio, el criterio se identifica con una preocupación por la no-adquisición de semejante representación de las circunstancias³³.

El art. 35 de la Ley 20.357, sin embargo, no prevé una u otra complementación de la exigencia de conocimiento, la cual, en tal medida, condiciona excluyentemente la atribución de responsabilidad al superior. Teniendo a la vista la manera en que el término “*knowledge*” es interpretado en el contexto del EdR, cabe sostener que la exigencia de conocimiento ha de ser entendida en el sentido de que ella se ve satisfecha a través de una adscripción de dolo eventual³⁴. De esta manera, la regulación legal chilena muestra una divergencia considerable frente a las reglas plasmadas en el EdR. Pero a diferencia de lo ocurre tratándose de la definición de los presupuestos generales de la tipicidad de los crímenes de lesa humanidad³⁵, en el presente contexto el derecho interno resulta ser inequívocamente más exigente que el EdR. Así, y en lo específicamente relativo al alcance de la regla sobre responsabilidad del superior, una eventual persecución penal que llegare a desarrollarse ante un tribunal chileno tendría que lograr sortear una valla más alta que aquella a la que se enfrentaría una imputación formulada ante la CPI.

No obstante lo anterior, y precisamente en referencia a la posibilidad de que el o los delitos cuya perpetración no haya sido impedida por el superior lleguen a ser constitutivos de uno o más crímenes de lesa humanidad, es

33 En contraste con la propuesta de conceptualización detalladamente presentada por RAGUÉS, Ramón: *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007. pp. 133 ss., 163 ss., la caracterización aquí apenas esbozada prescinde íntegramente de la apelación a los motivos que explicarían la evitación de la obtención del conocimiento requerido para una imputación a título de dolo.

34 En referencia al art. 30 del EdR, así KARSTEN, cit., pp. 86 s.

35 Sobre esto, MAÑALICH, “Los crímenes de lesa humanidad ...”, cit., pp. 3 ss., 6 ss.

necesario prestar atención a la manera en que la ya referida exigencia de conocimiento queda especificada, bajo el art. 37 de misma ley, en lo concerniente a las circunstancias constitutivas del ataque generalizado o sistemático en el cual han de insertarse esos crímenes: Tratándose del numeral 2º del artículo 1º, es suficiente el conocimiento de que el acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que responde a un plan o política de las características señaladas en el mismo numeral, sin que se requiera el conocimiento de ese plan o política, ni de los aspectos concretos del ataque distintos del acto imputado.

Crucial aquí es que el conocimiento de las circunstancias que realicen el correspondiente “elemento contextual” *qua* presupuesto típico común de los crímenes de lesa humanidad no admite ser identificado con una representación “de los aspectos concretos del ataque”, bastando más bien con que el superior esté al tanto de la existencia del ataque en cuanto tal³⁶. Sobre este trasfondo, la exigencia de conocimiento establecida en el art. 35 de la Ley 20.357 puede ser reformulada como la exigencia de que al superior pueda ser atribuida la creencia (predictiva) de que, probablemente, llegarán a ser perpetrados uno o más crímenes cuya perpetración aquel estaría en posición de impedir, acompañada de la representación de que esos crímenes se insertarían en una “línea de conducta” objetivamente constitutiva de un ataque generalizado o sistemático (según la definición que de estos conceptos hace la misma ley), de cuyos pormenores el superior no necesita estar al tanto.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai: *Treatise on International Criminal Law*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2013.

AMBOS, Kai y MEINI, Iván (eds.): *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Ara, Lima, 2010.

BURGHARDT, Boris: *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2008.

36 Véase CÁRDENAS, Claudia: “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXVII, 2014. p. 176; latamente al respecto, MATUS, cit., pp. 250 ss.

CÁRDENAS, Claudia: “La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley 20.357”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII, 2010.

CÁRDENAS, Claudia: “La aplicabilidad del derecho internacional por tribunales chilenos para interpretar la Ley N° 20.357”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, N° 2, 2013.

CÁRDENAS, Claudia: “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXVII.

COUSO, Jaime: “Intervención delictiva y organización. Necesidades y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional y comparado”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1, 2015.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El concepto de autor en el Estatuto de Roma y su aplicación en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: un dilema metodológico”. En Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (coords.): *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga*. CEDPAL y Konrad Adenauer Stiftung, Berlín y Bogotá, 2014.

HERNÁNDEZ, Héctor: “Art. 15”. En: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.): *Código Penal comentado. Parte General*. Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, 3ª ed. Losada, Buenos Aires, 1985.

KARSTEN, Nora: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*. Duncker & Humblot, Berlín, 2010.

KINDHÄUSER, Urs: “Handlungs-und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”. En: Bohnert, Joachim et al. (coords.): *Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach*. Duncker & Humblot, Berlín, 2001.

LAMPE, Ernst-Joachim: “Tätersysteme: Spuren und Strukturen”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 119, 2007.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXI, 2008.

MAÑALICH, Juan Pablo: “La estructura de la autoría mediata”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV, 2010.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, Nº 2, 2011.

MAÑALICH, Juan Pablo: *Norma, causalidad y acción*. Marcial Pons, Barcelona, Madrid, Buenos Aires y San Pablo, 2014.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Omisión del garante e intervención delictiva”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, Nº 2, 2014.

MAÑALICH, Juan Pablo: “La imprudencia como estructura de imputación”. En: *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, Nº 3, 2015.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Intervención ‘organizada’ en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador”. En: Couso y Werle (dirs.): *Intervención delictiva en contextos organizados*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Tentativa y resolución-al-hecho”, *Isonomía*, Nº 51, 2019.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”. En: *Política Criminal*, vol. 14, Nº 27, 2019.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Los crímenes de lesa humanidad entre el derecho internacional y el derecho interno a propósito del ‘estallido social’ chileno”. En: *Enfoques Penales*, abril-2020, disponible en: <https://crimint.org/producto/enfoques-penales-abril-2020/>.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 28, 2021 (de próxima publicación).

MATUS, Jean Pierre: “El error en la Ley 20.357 a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus efectos en la regulación general del error en Chile”. En: *Política Criminal*, vol. 9, Nº 17, 2014.

RAGUÉS, Ramón: *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2007.

REYES, Ítalo: “Contra la autoría mediata por dominio de la organización”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 28, 2018.

TRIFFTERER, Otto y ARNOLD, Roberta: “Art. 28”. En: Triffterer, Otto y Ambos, Kai (coords.): *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3ª ed. C.H. Beck, Hart y Nomos, Múnich, Oxford y Baden-Baden, 2016.

LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

TECHNOLOGICAL INVESTIGATION PROCEDURES IN THE SPANISH CRIMINAL PROCEEDING

PALOMA ARRABAL PLATERO*

Resumen

A finales del año 2015 el legislador español modificó su vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal (el texto original data de 1882) para introducir diligencias de investigación tecnológica en pro de una instrucción más moderna, actual, digital y, en todo caso, respetuosa con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este trabajo presenta una panorámica expositiva de estos actos de instrucción, cuya regulación, si bien necesaria, pudo ser más depurada. Así, la norma procesal penal incorpora unos preceptos comunes a medidas heterogéneas, algunas de las cuales resultan contradictorias y a ello añade la regulación de siete diligencias con distintos niveles de afectación a garantías constitucionales útiles en la investigación penal policial.

Palabras Clave

Proceso penal, diligencias de investigación, nuevas tecnologías, derechos fundamentales.

Abstract

At the end of 2015, the Spanish legislator modified its Law of Criminal Procedure (the original text dates from 1882) to introduce technological investigation procedures in favor of a more modern, current, digital

instruction and, in any case, respectful of rights fundamentals of citizens. This paper analyzes these acts of instruction, the regulation of which, although necessary, could have been more refined. Thus, the criminal procedural norm incorporates common precepts to heterogeneous measures, some of which are contradictory and the regulation of seven proceedings with different levels of affectation of fundamental rights useful in the criminal police investigation.

Keywords

Criminal proceedings, technological investigation procedures, fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN.

La investigación policial de los delitos se encuentra, desde hace ya tiempo, con una realidad, más tecnológica que analógica y necesita de las herramientas digitales y del marco legal adecuado para una instrucción eficaz a la vez que garantista. En este sentido, el legislador español introdujo la regulación de nuevas diligencias de investigación en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal¹. Esta reforma que, de nuevo, parchea una norma de 1882, resulta un conjunto de preceptos que, si bien permiten a los investigadores policiales tener un régimen jurídico habilitante en el entorno digital, incurre en duplicidades e incoherencias que ponen de relieve no

Artículo recibido para su evaluación el 30 de mayo de 2020, y aprobado para su publicación el 15 de julio de 2020.

- * Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho procesal (acreditada a la figura de Profesora Contratada Doctora). Universidad Miguel Hernández. Departamento de Ciencia Jurídica, Alicante, España. Email: p.arrabal@umh.es. Publicación resultado del proyecto “Estudio comparado de modelos procesales desde la perspectiva de los ODS. Una mirada a la inteligencia artificial” realizada en el marco del proyecto de investigación de carácter internacional para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la agenda 2030 de las Naciones Unidas (convenio UMH-GVA 2019). El contenido no refleja necesariamente la opinión de la Generalitat Valenciana.
- 1 Con la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

pocas dudas doctrinales debido, en gran medida, a las modificaciones que sufrió el texto en el trámite parlamentario².

II. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Las diligencias de investigación son los actos policiales tendentes al descubrimiento del hecho punible, su posible autoría y demás circunstancias relevantes para su calificación y la determinación de culpabilidad de los investigados³. Aunque Pérez Gil señala que “en la actualidad la investigación o es tecnológica o no es investigación”⁴, la anomia legislativa sobre el particular se mantuvo hasta que a finales del año 2015 se regularon algunos actos de esta naturaleza, corrigiendo la necesidad de cobertura normativa sobre el particular⁵.

La incorporación de estas diligencias merece una valoración positiva por reconocer prácticas forenses que se llevaban a cabo sobre la única base de lo previsto para la interceptación de las comunicaciones telefónicas⁶.

Así, la norma del 2015 creó un marco general a modo de disposiciones comunes y contempló diversas diligencias investigación tecnológica, algunas de las cuales se practican de forma directa sobre la evidencia y otras de forma remota, lo que, evidentemente, es más intrusivo para los derechos

2 El trámite parlamentario de esta norma puede verse en https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=X&_iniciativas_id=121/000139.

3 Véase artículo 299 LECrim. En ese sentido, afirma Armenta Deu que “los actos de investigación no están encaminados a fundar una sentencia penal. Sólo los actos de prueba practicados en el juicio oral servirán de fundamento a la sentencia”, en ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (quinta edición). Marcial Pons, Madrid, 2010. p. 138.

4 PÉREZ GIL, J.: “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución”. En: *Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli*. Ed. Aracne, Roma, 2018.

5 La regulación de estas diligencias de investigación se ha llevado a cabo con la LO 13/2015, que las define expresamente como “tecnológicas” en su Preambulo. Ello, no obstante, Richard González pone de manifiesto que el adjetivo “tecnológico” se refiere a la utilización de instrumentos o procedimientos técnicos que también se puede predicar de diligencias tales como la dactiloscopia o la balística, en RICHARD GONZÁLEZ, M.: “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”. En: *Diario La Ley*, nº 8808, 21 de julio de 2016. p. 4.

6 Así lo habían puesto de manifiesto también los Tribunales, vid. En ese sentido las SSTS 155/2007, de 28 de febrero; 735/2013, de 10 de octubre; 495/2014, de 17 de junio.

fundamentales de los afectados (en muchas ocasiones, desconocedores de su ejecución)⁷.

1. Disposiciones comunes a las diligencias de investigación tecnológica.

Para la regulación de las diligencias de investigación tecnológica, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha elaborado un régimen común general a todas ellas en los artículos 588 bis a) a 588 bis k), subsidiario respecto a las regulaciones específicas.

Las citadas disposiciones de la norma adjetiva prevén que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial puedan solicitar al juez de instrucción⁸ la adopción de alguno de estos actos de instrucción tecnológico por medio de una petición que haga referencia expresa a los siguientes extremos: la descripción del hecho objeto de investigación; la identidad del investigado o de cualquier otro afectado (cuando sea conocida); las razones que justifican la medida de acuerdo a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad; los indicios de criminalidad manifestados durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de que se trate⁹; los datos de identificación del sujeto pasivo y los medios de

7 BACHMAIER WINTER, L.: “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”. En: *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 71, nº 2195, 2017. pp. 24-25 sostiene que, si es posible la obtención directa de la prueba, no debiesen autorizarse actos de instrucción remotos.

8 En relación con la solicitud de autorización judicial a instancia de la Policía Judicial, hay que tener presente que el Juez es el director de la investigación y que la Policía Judicial no es parte en el proceso, de modo que este tipo de resoluciones no se dictan, en realidad, a instancia de la Policía, sino, más bien, de oficio por parte del Juez, que decide a partir de lo que le informen los agentes, tal y como advierte VEGAS TORRES, J.: “Las medidas de investigación tecnológica”. En: *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Coord. Cedeño Hernán. Aranzadi, Cizur Menor, 2017. p. 32. Sobre la cuestión Cavero Forradellas asegura que la adopción de oficio de medidas de investigación es poco común en la práctica, vid. su ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, el día 27 de abril de 2016 en el curso *La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*. p. 33. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9, pp. 27-28. En todo caso, Zoco Zabala advierte que la legitimación del Ministerio Fiscal o la Policía judicial para solicitar la intervención de las comunicaciones supone una novedad, al margen de los casos de personas intervenidas sospechosas de actuación con bandas armadas o elementos terroristas, en ZOCO ZABALA, C.: *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015. p. 204.

9 Sobre los indicios exigidos en el artículo 588 bis b), la STS 681/2017, de 10 de octubre afirma que deben ser “algo más que simples sospechas, pero también algo menos que

comunicación empleados; la extensión de la medida y la especificación de su contenido; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la forma de ejecución de la medida; su duración; y, finalmente, el sujeto obligado que la llevará a cabo (si se sabe).

Aunque se tratan de reglas comunes, algunas de las diligencias tecnológicas a las que afectan tienen una regulación específica incongruente con este marco general, como es el caso, por ejemplo, de la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen en lugares públicos, que no necesita de autorización judicial.

Ante tal petición, el órgano judicial, oído el Ministerio Fiscal, autorizará o denegará la diligencia a través de un Auto motivado en el (breve)¹⁰ espacio de tiempo de, como máximo, veinticuatro horas desde que se hubiese presentado la solicitud¹¹. Además, está previsto que, cuando resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos, el juez pueda requerir, con interrupción del citado plazo, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud, lo que puede servir para evitar la nulidad de las pruebas obtenidas por medio de Autos con deficiencias en su motivación.

La decisión judicial, en el caso de permitir la medida tecnológica de investigación solicitada, deberá dictarse con plena sujeción a los principios establecidos en el artículo 588 bis a) LECrim y concretar los elementos

los indicios racionales que se exigen para el procesamiento y que desde luego deben ser evaluados en la forma en que se presentan en el momento de adoptarse la decisión judicial, sin que pueda efectuarse la evaluación de la pertinencia de la decisión desde un juicio “ex post”, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre; 220/2006, de 3 de julio; 195/2009 de 28 de septiembre o 5/2010 de 7 de abril. En el mismo sentido, el auto del TS 298/2017, de 26 de enero y las SSTS 1007/2016, de 24 de enero; 689/2016, de 27 de julio.

10 Este plazo es ciertamente breve, dada la organización interna de las oficinas judiciales y la sobrecarga de trabajo que hay en los juzgados españoles (como puede verse en las estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Indicadores-clave/>). En cualquier caso, la falta de medios materiales y personales no debe servir como pretexto para ampliar este límite previsto, si no, más bien al contrario, la exigencia de este plazo debe instar a una mayor provisión de plazas judiciales en aquellos partidos judiciales especialmente saturados.

11 De acuerdo con lo previsto en el artículo 588 bis c) LECrim.

señalados en el artículo 588 bis c) LECrim, muy similares a los exigidos por la solicitud¹², a saber: la referencia al hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica -con expresión de los indicios racionales en los que funde-; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado -de ser conocido¹³-; la extensión de la injerencia en cuanto a su alcance y motivación; la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; su duración; la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados; la finalidad perseguida y el sujeto obligado que la llevará a cabo, si se conoce (en cuyo caso se debe mencionar, cuando proceda, el deber de colaboración y de guardar secreto, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia)¹⁴.

En este sentido, la LECrim obliga a que la previa autorización judicial que acuerde alguna medida de investigación tecnológica deba respetar los clásicos principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en

12 Un examen de los requisitos exigidos para la solicitud de autorización judicial frente a aquellos requeridos para que consten en la resolución judicial, ofrece una copia casi idéntica, lo que lleva a CAVERO FORRADELLAS a afirmar que se trata de una motivación por remisión en el que el juez instructor poco más tendrá que añadir a la solicitud, vid. la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit. Ello no obstante y aunque la jurisprudencia constitucional admite que la resolución judicial integre la solicitud policial, el TS ha señalado que la motivación por remisión “se trata de una técnica jurisdiccional no modélica” (véase, a modo de ejemplo, la STS 636/2012, de 13 de julio).

13 El artículo 588 bis h) permite que se acuerden medidas de investigación aun cuando afecten a terceras personas y remite a las disposiciones específicas de cada diligencia para determinar los casos y las condiciones.

14 Este precepto recoge las exigencias de la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, que dispone que “con carácter general y sin perjuicio de las modulaciones derivadas de las concretas circunstancias del caso, la resolución judicial motivada debe extenderse a los siguientes extremos: 1) los hechos investigados, o al menos, la parte de ellos respecto de los que es precisa la medida judicial; 2) la calificación jurídica de dichos hechos, esto es, el delito de que se trata 3) la imputación de dichos hechos y delito a la persona a quien se refiere la escucha; 4) la exteriorización de los indicios que el Juez ha de tener tanto sobre la persona como sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de delito; 5) el teléfono (o teléfonos) respecto del que se acuerda someter a escucha; 6) la relación entre el teléfono (o teléfonos) y la persona a quien se imputa el delito 7) el tiempo que habrá de durar la escucha, esto es, el plazo máximo de la intervención; 8) el período (o períodos) en los que se le debe dar cuenta al Juez del desarrollo de la escucha y de los resultados que se vayan obteniendo; 9) la persona o autoridad que solicita la medida o si se acuerda de oficio; 10) la persona o autoridad que llevará a cabo la intervención telefónica (SSTS n° 864/2005, de 22 de junio, 167/2002, de 18 de septiembre, 184/2003, de 23 de octubre)”.

sentido estricto que venía exigiendo la jurisprudencia¹⁵, a los que añade los de especialidad y excepcionalidad como elementos rectores que deben inspirar su adopción¹⁶. Es loable que el legislador, además de enumerarlos, haya explicado el significado y alcance de cada una de estas garantías. Tal es así, que la medida cumple con el principio de especialidad cuando está relacionada con la investigación de un delito concreto y no tiene carácter prospectivo¹⁷; con el de idoneidad cuando define el ámbito objetivo y subjetivo y la duración en virtud de su utilidad; con los de excepcionalidad y necesidad cuando no haya a disposición de la investigación otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida¹⁸. Y, finalmente, las diligencias de investigación reguladas solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio para el interés público y de terceros que resulte de su adopción¹⁹.

15 Sobre los principios rectores exigidos jurisprudencialmente para la adopción de una medida de investigación véanse las SSTs 453/2010, de 1 de mayo; 561/2010, de 14 de junio; 796/2010, de 17 de septiembre; 1432/2011, de 16 de diciembre y la STC 123/2002, de 20 de mayo.

16 Vid. Artículo 588 bis a) LECrim.

17 La prohibición de las causas generales se ha sostenido también por la jurisprudencia en las SSTC 184/2003, de 23 de octubre, 261/2005, de 24 de octubre y las SSTs 695/2013, de 22 de julio; 689/2014, de 21 de octubre y, posteriormente a la reforma se ha reafirmado en la STS 675/2015, de 10 de noviembre.

18 Vid. artículo 588 bis a 3. González-Montes Sánchez indica que la justificación de la necesidad de la medida necesita de indicios que puedan atribuirse al sujeto pasivo de la medida y, en ese sentido, cierto grado de investigación previa, en GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L.: “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17-06, 2015. p. 28.

19 En este sentido, para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho. Sobre la proporcionalidad de las medidas de investigación existe una extensa y asentada jurisprudencia que identifica tres juicios, el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto (véase, sin ánimo exhaustivo, las SSTC 173/2011, de 7 de noviembre; 199/2013, de 5 de diciembre; 16/2014, de 30 de enero; 23/2014, de 13 de febrero; 43/2014, de 27 de

Entre las normas que regulan las disposiciones comunes de estos actos de investigación, el artículo 588 bis d) dispone que, una vez acordada alguno de estos, el Juez decreta una pieza secreta y separada para su desarrollo. Esto parece adecuado porque impide que se pueda entorpecer la instrucción, pero no resulta claro si se aperturan tantas piezas como medidas instructoras se adopten –así parece desprenderse de la lectura del precepto- o si se sustanciarán todas en una sola. La segunda opción facilitaría el control judicial en el caso de la adopción de varias diligencias complementarias para un examen completo de las circunstancias que puedan arrojar información útil.

El instructor que habilitó la medida de investigación tecnológica quedará encargado del control del desarrollo y de los resultados obtenidos de la misma, en la forma y con la periodicidad que este determine²⁰.

En el examen de estas disposiciones comunes también resulta sorprendente la existencia de un precepto que señala que “tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos”²¹ destinado al tratamiento común de la duración temporal de las medidas que, en realidad, reconduce a las normas concretas de cada diligencia²². Y

marzo) y Vegas Torres indica que el criterio de proporcionalidad en sentido estricto es el equivalente a la exigencia prevista en el artículo 588 bis a 5 LECrim, en VEGAS TORRES, cit., p. 37. El TEDH también explica que el principio de proporcionalidad se cumple cuando la medida impugnada es “necesaria en una sociedad democrática”, de acuerdo con la relación entre el objetivo buscado y los medios empleados, tomando en consideración la existencia de una orden judicial basada en una sospecha razonable; el alcance limitado de la orden y garantías en su ejecución (véase las SSTDH Sher y otros c. el Reino Unido, de 20 de octubre de 2015 –disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-158032-> y Robathin c. Austria, de 3 de julio de 2012 -disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-111890->).

20 Vid. artículo 588 bis g) LECrim.

21 Vid. Artículo 588 bis e) LECrim.

22 VILLAGÓMEZ MUÑOZ atribuye estas discordancias a que esta reforma proviene de los Anteproyectos de Código Procesal Penal de 2011 y 2014, que no tenían estas disposiciones comunes, en la ponencia “Otras medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos por el art. 18 CE. Referencia concreta a los dispositivos de seguimiento y localización”, realizada el 27 abril 2016 en el curso *La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*, p. 19, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Villag%C3%B3mez%20Mu%C3%B1oz,%20Ana.pdf?idFile=1367353b-0fd9-4bab-8f57-36aad20dd137 (última consulta: 30/01/2018). Rodríguez Lainz también pone de manifiesto que la deficiente redacción de los preceptos referidos al deber de colaboración de terceros en las diligencias de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y del registro

ello cuando, nótese que hay diligencias no sujetas a un plazo determinado por su naturaleza puntual y no continua, como la captación y grabación de comunicaciones orales o el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Parece razonable que esta previsión existiese únicamente en cada una de las medidas.

En todo caso, sobre la duración de estas diligencias, pese a que la LECrim no se pronuncia sobre el momento a partir del cual se computa, cabe aplicar lo que venía entendiéndose por la jurisprudencia respecto de la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, esto es, que el *dies a quo* vendrá constituido por la fecha de la autorización judicial²³.

Ello sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial puedan solicitar al órgano judicial competente una prórroga de la medida de investigación con antelación a su expiración, aportando un informe detallado de los resultados hallados y de las razones que justifican su continuación. El juez, mediante Auto motivado, resolverá en un máximo de dos días sobre esta cuestión, para lo que podrá solicitar aclaraciones o información adicional²⁴.

La autoridad judicial también puede, de oficio, prorrogarla si subsisten las causas que motivaron su adopción. En estos supuestos en los que se

remoto sobre equipos informáticos tiene su origen en la desacertada trasposición del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de diciembre de 2012 a la reforma operada por la LO 13/2015, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”. En: *Diario La Ley*, n° 8729, 28 de marzo de 2016. pp. 11-12.

- 23 Vid. las SSTs 956/2011, de 29 de julio; 1078/2011, de 24 de octubre; 1161/201, de 31 de octubre; 1396/2011, de 28 de diciembre; 156/2012, de 29 de febrero; 144/2012, de 22 de marzo; 278/2012, de 3 de abril; 410/2012, de 17 de mayo; 521/2012, de 21 de junio; 621/2012, de 26 de junio; 88/2013, de 17 de enero; 33/2013, de 24 de enero; 165/2013, de 26 de marzo; 427/2013, de 10 de mayo; 506/2013, de 22 de mayo; 514/2013, de 12 de junio; 717/2013, de 1 de octubre; 746/2014, de 13 de noviembre; 841/2014, de 9 de diciembre; 34/2015, de 4 de febrero; 168/2015, de 25 de marzo; 504/2015, de 24 de julio; 85/2017, de 15 de febrero y las SSTC 205/2005, de 18 de julio; 26/2006, de 30 de enero y 68/2010, de 18 de octubre.
- 24 CAVERO FORRADELLAS se refiere al plazo improrrogable de dos días dado al instructor para pronunciarse sobre la prórroga de una medida de investigación y alerta que la solicitud deberá contemplarse con antelación suficiente para evitar que, traspasadas las cuarenta y ocho horas sin resolución judicial, haya que solicitar *ex novo* el acto de investigación porque ya haya cesado porque haya finalizado el periodo por la que se aprobó, vid. su ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit, pp. 31-32. El autor, además, deduce que este plazo se traduce en silencio negativo.

acuerde una prórroga, ésta comienza en la fecha de expiración del plazo acordado inicialmente²⁵.

Transcurrido el plazo -inicial o prorrogado- concedido para la ejecución de la diligencia de investigación, desaparecidas las circunstancias que justificaron su adopción o no obtenidos los resultados esperados con la misma, esta cesará a todos los efectos²⁶.

El legislador, consciente de que en muchas ocasiones se involucra a otros sujetos, señala de manera expresa que estas medidas se adoptarán aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas²⁷. Además, la LECrim también prevé un deber de colaboración²⁸ que, de incumplirse, puede comportar un delito de desobediencia²⁹.

Especial mención merece también la regulación de los denominados hallazgos casuales, que recoge -por fin- la prolija jurisprudencia existente sobre la misma³⁰. Sin embargo, inexplicablemente y de forma mejorable en cuanto a técnica legislativa se refiere, se realiza remitiendo a lo previsto para el descubrimiento de información sobre un hecho distinto al investigado en los actos de detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica³¹.

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone como norma común a las diligencias tecnológicas, en consonancia con la jurisprudencia europea que, una vez finalizado el procedimiento por resolución firme, los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para el borrado y eliminación de los registros originales que queden en los

25 Vid. artículo 588 bis f), 3 LECrim.

26 Vid. artículo 588 bis j) LECrim. También hace referencia al cese de la medida el artículo 588 bis e, destinado a regular la duración de la misma, que indica que “transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos”.

27 Vid. artículo 588 bis h) LECrim.

28 Este deber se reconoce tanto en las disposiciones comunes -artículo 588 bis c), 2, h) LECrim-, como en la regulación específica de alguna diligencia tecnológica (vid. artículo 588 ter e) LECrim con respecto al deber de colaboración en la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas; o artículo 588 septies b) LECrim para el registro remoto sobre equipos informáticos).

29 Vid. artículo 588 bis c), 2, h) LECrim.

30 De especial interés resulta la lectura de la Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre los hallazgos casuales.

31 Vid. Artículo 588 bis i) que remite al 579 bis LECrim.

sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Ello no obstante, el Letrado de la Administración de Justicia conservará una copia bajo su custodia, que será también destruida por la Policía Judicial cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena haya sido ejecutada, cuando el delito o la pena hayan prescrito o cuando el juez decreta el sobreseimiento libre o dicte sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal³². Nada se dice, sin embargo, aunque sería deseable, respecto de la destrucción de las copias entregadas a las partes³³.

2. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

La reforma operada por la LO 13/2015 que incorpora las medidas de investigación tecnológica modificó el artículo 579 LECrim pero que venía referido a la interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, pero que se utilizaba como “comodín” para este tipo de diligencias por la insuficiente normativa³⁴.

32 Artículo 588 bis k LECrim. Adviértase que la norma parece referirse únicamente a los casos de sobreseimiento libre, pese a que RODRÍGUEZ LAINZ considera que esta la destrucción de estos soportes se refiere a los supuestos de sobreseimiento libre y provisional, en la ponencia “Sobre la Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento...”, cit., El principio de destrucción de los registros obedece a una instaurada jurisprudencia europea apreciable en las SSTEDH de 14 de noviembre de 2012 (parágrafos 118 y ss.); caso Vinci Construction et GTM Genie Civil et Services c. Francia, de 2 de abril de 2015 y caso Sérvulo & Associados. Sociedade de Advogados c. Portugal, de 3 de septiembre de 2015. Como acertadamente apunta Gimeno Beviá, “no es de recibo que las comunicaciones privadas permanezcan *per secula seculorum* al alcance de los miembros de la oficina judicial”, en GIMENO BEVIÁ, J.: “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”. En: *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, nº 40, octubre-diciembre 2015. p. 203, afirmación que se puede hacer extensiva a toda la información obtenida por estas medidas de investigación y no sólo a las comunicaciones.

33 Esta acertada crítica expone VEGAS TORRES, J., cit., p. 47.

34 La redacción anterior del artículo 579 LECrim, aprobado por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponía que “1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de

En la actualidad hay una separación entre las diligencias de intervención de las comunicaciones postales y telegráficas - previstas en el capítulo III del título VIII del Libro II (artículos 579 a 588)- y las telefónicas, a las que se adicionan las telemáticas -y que se han ubicado en el capítulo V del título VIII del Libro II (artículos 588 ter a-588 ter m)-. La adopción de estas últimas requiere de autorización judicial, cuya solicitud contendrá los requisitos que se venían exigiendo jurisprudencialmente y que ahora contempla el artículo 588 ter d) con referencia al citado 588 bis b) LECrim de las disposiciones comunes³⁵.

las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”. La limitada redacción del precepto que regulaba la interceptación de las comunicaciones en España hasta la reforma de la LO 13/2015 había necesitado de un vasto aporte jurisprudencial, como reconoce, incluso el Preámbulo de la reforma del año 2015: “Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable”.

- 35 La solicitud de autorización judicial debe contener: la descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida -si se conoce-; las razones que justifiquen la necesidad de su adopción -que han de respetar los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad-; los indicios de criminalidad existentes; los datos de identificación del investigado o encausado y de los medios de comunicación empleados; la extensión de la medida con especificación de su contenido; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención y la forma de su ejecución; su duración; el sujeto obligado que la llevará a cabo -de conocerse-; la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; la identificación de la conexión objeto de la intervención o los datos necesarios para la identificación del medio de telecomunicación que se trate; la finalidad del acto de investigación; el conocimiento de su origen o destino, en el momento en

Esta habilitación solo podrá concederse para la investigación de los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación³⁶; los dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión³⁷; o los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo³⁸. Para estos últimos la norma contempla el salvoconducto del Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, en los supuestos en los que concurra urgencia en la investigación que haga dificultosa la solicitud de la autorización judicial³⁹.

el que la comunicación se realiza; la localización geográfica del origen o destino de la comunicación y el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados concretos que han de ser obtenidos de valor añadido a la comunicación. Un interesante aporte doctrinal es el realizado por FUENTES SORIANO, O.: “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015”. En: *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Dir. Alonso-Cuevillas Sayrol. Atelier, Barcelona, 2016. pp. 261-286.

- 36 RODRÍGUEZ LAINZ advierte que la sola pertenencia a la lista de infracciones que pueden ser objeto de investigación por esta modalidad de tecnovigilancia no es aval suficiente para la superación del juicio de proporcionalidad, vid. su ponencia “Sobre la Ley orgánica de modificación de las LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales: la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, cit., p. 16. Además, la referencia a los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación parece provenir de la conclusión número 22.3 de la *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas* (p. 137) referida a la proporcionalidad (texto disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_cons/circular_1_2013.pdf).
- 37 Sobre este peculiar grupo de delitos de, al menos, tres años de prisión que pueden ser objeto de la interceptación de comunicaciones, Rodríguez Lainz justifica que engloba a un gran número de las categorías de delitos que normalmente hacen uso de esta medida de investigación, si bien reconoce que contribuye a que determinados delitos con penas superiores que tampoco concurren con el resto de supuestos, no puedan hacer uso de esta diligencia, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*. Sepín, Madrid, 2016. pp. 90-91.
- 38 El artículo 588 ter a) restringe la autorización para la interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas a los delitos del artículo 579.1 LECrim (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo) y a los cometidos a través de cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.
- 39 Artículo 588 ter d), apartado tercero LECrim que encuentra su respaldo constitucional en el artículo 55.2 CE. En la regulación anterior esta excepción al principio de judicialidad previa remitía la autorización al Ministro de Interior y, en su defecto, al Director de la Seguridad del Estado.

Esta licencia -que exige expresa mención de las razones que justifiquen la adopción de la medida sin el previo control judicial, la descripción de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado-, ha de ponerse en conocimiento del juez competente lo más pronto posible (y siempre antes de veinticuatro horas) para que revoque o confirme motivadamente la actuación en las siguientes setenta y dos horas desde que fue ordenada⁴⁰.

La interceptación puede realizarse por un plazo de tres meses, prorrogables por períodos iguales sucesivos hasta un plazo máximo de dieciocho⁴¹. Adviértase que la duración total de la intervención se computará desde la fecha de la autorización y no desde la fecha de conexión real, como en ocasiones pasadas se ha entendido. Para la prórroga de la medida de investigación, el artículo 588 ter h) LECrim exhorta a la Policía Judicial a que aporte la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzca información relevante, si bien el juez puede solicitar aclaraciones u otros datos, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas para decidir sobre su mantenimiento.

Del estudio de las previsiones legales parece desprenderse que es necesaria autorización judicial para que los prestadores de servicios o personas que facilitan la comunicación cedan a los agentes facultados los datos electrónicos asociados vinculados a procesos de comunicación que resulten indispensables para la investigación, incluidos aquellos derivados de una búsqueda entrecruzada o inteligente de los mismos⁴².

Ello, no obstante, esta regulación encuentra algunas contradicciones con la vigente Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Esta norma española traspone la Directiva europea 2006/24/CE que fue posteriormente anulada por la STJUE del 8 de abril de 2014, si bien es cierto que la nacional se entiende todavía operativa, pese a que su literalidad parece contrariar lo previsto en la LECrim en relación con la obtención de los datos de tráfico⁴³. Esta cuestión fue planteada en

40 Así lo expresa el apartado tercero del artículo 588 ter d) LECrim. El artículo 579.4 derogado no preveía ningún plazo para la comunicación al juez competente, sino que debía realizarse “inmediatamente”.

41 Artículo 588 ter g) LECrim.

42 Artículo 588 ter j) LECrim.

43 Me ocupo de esta incongruencia en ARRABAL PLATERO, P.: “Algunas cuestiones controvertidas sobre la obtención de datos de tráfico”. En: *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Dirs. Conde Fuentes, Serrano Hoyos. Coords. Arrabal Platero, García Molina. Atelier, Madrid, 2019. pp. 217-326.

una cuestión prejudicial por el Juzgado de instrucción nº 3 de Tarragona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que resuelve parcialmente en su sentencia C-207/2016, de 2 de octubre⁴⁴.

Para el control de la medida, la Policía Judicial pondrá a disposición del Juez, con la periodicidad que éste determine, dos soportes digitales distintos: uno con la transcripción de los pasajes que considere de interés y otro con una copia de las grabaciones íntegras realizadas, con indicación en ambos del origen y destino de las comunicaciones y con la garantía de la integridad y autenticidad de las mismas a través de un procedimiento de sellado *-time stamping-*, firma electrónica o un sistema de adveración suficientemente fiable⁴⁵.

También destaca de estas reglas la inclusión del deber de colaboración con el juez, el Ministerio Fiscal o los agentes de la Policía Judicial designados en la práctica de la medida de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información y para toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual⁴⁶. Del mismo modo, la norma prevé la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades y la condena por desobediencia a la conducta contraria⁴⁷.

Como dictan las disposiciones comunes, la adopción de esta medida conlleva la apertura de una pieza separada y secreta, pero, una vez expirada su vigencia -y alzado, con ello, el secreto-, las partes pueden examinar las grabaciones y, en su caso, solicitar al juez de instrucción la inclusión en

44 Sentencia disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206332&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=608670>.

Profundizo sobre esta sentencia en ARRABAL PLATERO, P.: “El acceso policial a los datos almacenados por los prestadores de servicios a la luz de la STJUE de 2 de octubre de 2018 (ASUNTO C-207/16)”. En prensa.

45 Artículo 588 ter f) LECrim. CAVERO FORRADELLAS identifica tres carencias de esta regla, la primera es que no encomienda la labor transcribir las conversaciones a la oficina judicial, sino a la Policía judicial; la segunda, directamente relacionada con la anterior es que no se dice nada sobre cómo deben plasmar estas conversaciones (de forma literal o resumidamente); y, finalmente, la norma guarda silencio sobre el cotejo entre la transcripción y la grabaciones, en la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., p. 44.

46 Medida que introduce el artículo 588 ter e) LECrim.

47 Artículo 588 ter e) LECrim, apartado tercero.

las copias de aquellos fragmentos de las comunicaciones que entiendan relevantes y que hayan sido excluidas⁴⁸. Con un propósito garantista de los derechos individuales, se ha determinado la posibilidad de eliminar de estas grabaciones los datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas –con expresa mención de este extremo en la entrega a las partes-⁴⁹ y la necesaria notificación del juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas de la existencia de tal injerencia en su intimidad, salvo que esta información sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones, excepciones que parece que se convertirán en la regla general⁵⁰.

Finalmente, cabe señalar que la LECrim adopta el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, del 23 de noviembre de 2001⁵¹ al reconocer que en la interceptación de comunicaciones se accede a tres tipos de datos: el contenido de la comunicación, los datos de tráfico y los datos de abonado

48 Apartado segundo del artículo 588 ter i) LECrim.

49 En esta excepción tiene cabida la previsión del artículo 118.4 de la LECrim, que prohíbe el registro de las conversaciones entre el investigado y su abogado.

50 La persona que haya participado en una conversación intervenida a la que se le notifique tal injerencia puede solicitar la entrega de una copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia. Sobre las excepciones a la regla general de notificación de la intervención de las comunicaciones a personas ajenas a la investigación, Vegas Torres anticipa que estas se van convertir en la regla general que permita eludir la obligación de informar, lo que comportará la paradójica situación en la que los acusados de cometer un delito sean informados de la medida limitadora de derechos fundamentales y no así los terceros ajenos a esta responsabilidad penal investigada, en VEGAS TORRES, cit., pp. 46-47.

51 El apartado d del artículo 1 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 define los datos sobre el tráfico como “cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente” y el artículo 18.3 del citado Convenio identifica como datos relativos a los abonados “toda información, en forma de datos informáticos o de cualquier otra forma, que posea un proveedor de servicios y esté relacionada con los abonados a dichos servicios, excluidos los datos sobre el tráfico o sobre el contenido, y que permita determinar: a) El tipo de servicio de comunicaciones utilizado, las disposiciones técnicas adoptadas al respecto y el periodo de servicio; b) la identidad, la dirección postal o geográfica y el número de teléfono del abonado, así como cualquier otro número de acceso o información sobre facturación y pago que se encuentre disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de prestación de servicios; c) cualquier otra información relativa al lugar en que se encuentren los equipos de comunicaciones, disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de servicios”.

o conexión⁵². Los primeros están protegidos por el derecho al secreto constitucional de las comunicaciones del artículo 18.3 CE y requiere para su acceso, de autorización judicial o debida urgencia, acreditada y valorada judicialmente con posterioridad; los datos de tráfico son aquellos vinculados a un determinado proceso de comunicación, como la fecha o la duración de una llamada⁵³; y los datos de abonado o conexión existen con independencia del establecimiento o no de una comunicación, como puede ser el número de teléfono o los datos de identificación de su titular⁵⁴.

3. La identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad

La LECrim reconoce determinadas actuaciones policiales para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad en tres preceptos -los artículos 588 ter k) a 588 ter m)- ubicados en la sección tercera del capítulo V del título VIII del Libro II. Se trata, como señala la Fiscalía General del Estado, de la incorporación al proceso de datos de

52 Artículo 588 ter b) LECrim, que también prevé la interceptación de los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. Tanto CAVERO FORRADELLAS en la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., p. 26, cuanto RODRÍGUEZ LAINZ, en su obra “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción”, ya citada, p. 13, sostienen que esta previsión se puede destinar a localizar dispositivos tecnológicos sustraídos. Sobre la precisión de “habitual u ocasionalmente” referida a los terminales o medios de comunicación utilizados por el investigado, CAVERO FORRADELLAS expone que no tiene, en realidad, gran trascendencia, porque comprende, incluso, un único uso por parte del encausado, en la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., p. 25.

53 La LECrim define los datos electrónicos de tráfico o asociados en el artículo 588 ter b 2 como “aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”.

54 Es posible identificar un cuarto elemento: aquellas comunicaciones interceptadas con esta medida de investigación que no están asociadas a un proceso de investigación, como son las conversaciones “en off” que se refiere a aquel diálogo que pueda captarse de quien realiza la llamada antes de que el receptor descuelgue y que, normalmente, será con individuos que se encuentren físicamente cercanos, vid. La ponencia de Cavero Forradellas “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pp. 40-41.

tráfico independientes del contenido de una comunicación, bien porque ésta ya hubiere concluido, bien porque no hubiere llegado a existir⁵⁵.

El artículo 588 ter k) está específicamente referido a la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad a partir de una dirección IP (*Internet Protocol*), esto es, un número identificativo de cuatro grupos de tres números (xxx.xxx.xxx.xxx) que la red asigna a los *routers* y estos, a cada uno de los terminales⁵⁶. Este precepto dispone que la Policía Judicial, cuando en el ejercicio de sus funciones de prevención y descubrimiento de los delitos, conozca una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito en Internet, puede solicitar al juez de instrucción que requiera a los sujetos el deber de colaboración del artículo 588 ter e) LECrim⁵⁷, para la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del dispositivo de conectividad y del sospechoso⁵⁸.

Un segundo precepto, el 588 ter l) LECrim, prevé la identificación de los terminales por parte de la Policía Judicial en el marco de una investigación sin autorización judicial mediante captación de los códigos o las etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de sus componentes, tales como la numeración IMSI⁵⁹ o IMEI, por medio de cualquier medio apto para

55 Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

56 Esta cifra identifica a los dispositivos conectados a Internet, si bien puede variar en función de las necesidades del entorno de red. A mayor abundamiento, puede consultarse <https://computerhoy.com/paso-a-paso/internet/como-saber-cual-es-direccion-ip-mi-ordenador-24347>.

57 Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual.

58 CAVERO FORRADELLAS advierte que la alusión al “ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet” en el que la policía haya tenido acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito, parece hacer referencia a una actuación prospectiva, vid. su ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pp. 13-14.

59 El IMSI -acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity*- es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN -*Mobile Station Integrated Services Digital Network*-, que permite su identificación a través de las redes GSM. Este número de abonado está compuesto por el MCC o código del País (tres dígitos), por ejemplo, 214, que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (dos o tres dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora MOVISTAR; y finalmente por el MSIN (número de diez dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil.

identificar el equipo de comunicación o tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones⁶⁰. Este artículo prevé que, conocidos estos códigos, los agentes de la Policía Judicial pueden solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones, indicando, eso sí, los artificios técnicos utilizados para su reconocimiento⁶¹. El Tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo común establecido en el artículo 588 bis c) LECrim de las disposiciones comunes. Como ha señalado GIMENO SENDRA, “este precepto no contempla el ámbito de aplicación delictual que permite el conocimiento de los datos de tráfico, (...), por lo que cabría sostener que incluso la comisión de delitos leves legitimaría esta intervención (aunque) la aplicación (...) del art. 588 bis a abogaría por la solución contraria, pues no parece que se cohoneste con los principios de proporcionalidad y de necesidad la intervención de datos de tráfico para la investigación de delitos leves”⁶².

Por último, el artículo 588 ter m) LECrim, permite que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial puedan dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información para conocer la titularidad o el número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, a partir de la identificación de su titular. Su colaboración es obligatoria, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia⁶³.

Es posible obtener el número *IMSI* de un teléfono móvil mediante un dispositivo que debe aproximarse al teléfono que se desea investigar y que simula el comportamiento de la red GSM, de forma tal que interactúa de manera equivalente a cómo lo hace una infraestructura de red de un operador móvil con un teléfono móvil que se enciende o que cambia de célula de cobertura, vid. la STS 1154/2009, de 11 de noviembre.

- 60 La STS 492/2016, de 8 de junio y el Auto del TS 1190/2017, de 20 de julio han señalado que, de acuerdo con artículo 588 ter l) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la obtención del número *IMSI* por el Departamento de Aduanas mediante monitorización, no puede ser considerado como un dato de carácter personal ni afecta al derecho al secreto de las comunicaciones.
- 61 El artículo 588 ter l) refiere que “la solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios”, pero no parece que tenga que identificar qué artificio se ha utilizado, sino, únicamente su uso.
- 62 GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal penal*, tercera edición. Thomson Reuters, Navarra, 2019. p. 564.
- 63 Esta previsión ya sirvió a finales del año 2015 para desestimar un recurso en el que se alegaba la obtención de los teléfonos del recurrente sin título habilitante ni resolución judicial en la STS 709/2015, de 16 de octubre.

4. La captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos técnicos

Esta nueva diligencia tecnológica consiste en la colocación y utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las comunicaciones orales que el investigado mantenga con otras personas en la vía pública, en otro espacio abierto, en el domicilio del investigado o en cualesquiera otro lugar cerrado en uno o varios encuentros concretos predecibles⁶⁴.

Para la adopción de tal acto de investigación generalmente conocido como “escucha ambiental” es necesario el cumplimiento de tres requisitos: previa autorización judicial; que los hechos cuestionados sean constitutivos de unos delitos concretos –delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo–; y que concurren sospechas fundadas de que la información recabada aportará datos de interés para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor⁶⁵.

64 Véanse los artículos 588 quarter, letras a) y b) LECrim. Como señala la Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos “quedan fuera de la regulación de la LECrim las grabaciones clandestinas realizadas por particulares, así como la aportación a juicio de lo escuchado directamente por agentes policiales sin recurrir a dispositivos electrónicos para su captación”.

65 Para Conde-Pumpido la experiencia demuestra que las conversaciones que pueden ser objeto de esta diligencia se llevan a cabo de manera general en el mismo sitio sin previo aviso y que estos encuentros “concretos” se conocen con poca antelación temporal, lo que impide la instalación de los dispositivos necesarios y limita la adopción de la medida a supuestos previsibles por los investigadores, lo que conllevará su no solicitud. En este sentido, la Fiscal propone la posibilidad de la instalación de los dispositivos de grabación –con la preceptiva autorización judicial– que se activen remotamente para encuentros concretos posteriores, haciendo referencia al momento inicial y final de la grabación para un correcto control judicial de la medida, en CONDE-PUMPIDO, P.: “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, ponencia dictada en el seminario “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” celebrado por el Ministerio Fiscal el 27 abril 2016. pp. 4-5, disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4 (fecha de consulta: 29/01/2018). Sobre el último requisito –la previsión de que la adopción de esta diligencia aportará información para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor–, Cabezudo Bajo refiere que se trata de una exigencia del principio de proporcionalidad, pese a que no lo recoge el artículo 588 bis a) 5, común a todas las diligencias de investigación tecnológica s del Título VIII del Libro II de la LECrim, en CABEZUDO BAJO, M.J.: “El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en

De la lectura de la regulación concreta de esta diligencia de investigación y de las disposiciones comunes, se extrae que el Auto judicial que acuerde la medida debe contener los siguientes elementos: el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado, de ser conocido; su extensión temporal, con expresa mención de su alcance y la motivación de acuerdo con los principios rectores de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la duración; la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la injerencia; la finalidad perseguida con ella; el sujeto obligado que la llevará a cabo, en caso de conocerse (y, cuando proceda, referencia expresa al deber de colaboración y de guardar secreto, so apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia); y el lugar o dependencias sometidos a vigilancia, así como los concretos encuentros del investigado que vayan a producirse y sobre los que se llevará a cabo la medida⁶⁶.

El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, 15.

Además, es posible que es esta resolución también se autorice expresamente la obtención de imágenes como complemento a la captación de las conversaciones⁶⁷, si bien esta previsión colisiona, en cierta manera, con la diligencia para la captación policial de imágenes en lugares públicos. que no requiere de autorización judicial⁶⁸. Así, la Policía judicial necesita

su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados⁶⁵. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, 15. p. 87.

66 Vid. el artículo 588 quarter, letra c, LECrim que referencia las exigencias comunes para la resolución judicial del artículo 588 bis, letra c) LECrim.

67 El apartado tercero del artículo 588 quarter, letra a), LECrim legitima la grabación de imágenes siempre que la autorización judicial lo habilite. La configuración de adicional que se le otorga a la obtención de imágenes ha conllevado que el precepto orientado a los presupuestos de esta diligencia solo se refiera a las captación y grabación de comunicaciones, tal y como advierte CABEZUDO BAJO, cit., p. 83.

68 Vid. el artículo 588 quinquies a) LECrim. Sobre el particular, Conde-Pumpido subraya que la limitación del secreto de las comunicaciones con la grabación de las mismas sólo puede venir dada por medio de autorización judicial, pero la ampliación de esta exigencia a la grabación de imágenes se contraponen a la práctica habitual hasta el momento, que se amparaba en el artículo 282 de la LECrim para legitimar la grabación de imágenes en

previa habilitación judicial expresa para la grabación de imagen y sonido, pero no para la captación exclusivamente de imágenes -sin sonido- en lugares públicos⁶⁹.

Si la diligencia para la captación y grabación de comunicaciones orales se adopta en el interior de un domicilio, afecta, obviamente, al derecho fundamental previsto en el artículo 18.2 de la Constitución Española, por lo que se exige resolución habilitante adicional que motive la procedencia del acceso a este espacio de intimidad protegido. Esto será así tanto si la Policía accede al domicilio para colocar los aparatos de escucha y grabación⁷⁰, cuanto si se lleva a cabo desde el exterior con aparatos técnicos (por ejemplo, con aparatos que captan y amplifican el sonido) que otorgan acceso a lo que tiene lugar en su interior en lo que se conoce como “intromisión virtual”⁷¹.

Al respecto, la reciente STS 718/2020, de 28 de diciembre sostiene que “la utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las comunicaciones orales y, en su caso, para la obtención de imágenes en el domicilio del investigado no es una prueba más. No puede ser contemplada por el Juez instructor como una medida de injerencia susceptible de ser acordada con los mismos presupuestos de legitimidad con los que se adoptan otras medidas de investigación tecnológica en el proceso penal. El grado de injerencia que esa medida representa en el espacio que cada

espacios públicos sin necesidad de previa resolución judicial, en CONDE-PUMPIDO, cit., p. 6.

69 Así lo interpreta también CONDE-PUMPIDO, cit, pp.13-14. Pongo de manifiesto esta contradicción en ARRABAL PLATERO, P., “Validez de la grabación policial al conductor a efectos de prueba en el delito de conducción bajo la influencia de las drogas del artículo 379.2 CP”, *La Ley Privacidad*, Wolters Kluwer, nº 4, 2020.

70 Así, el artículo 588 quarter a) LECrim exige que la entrada a un domicilio u otro espacio destinado al ejercicio de la privacidad venga provista de la necesaria resolución habilitante que extienda su motivación a la procedencia del acceso a estos lugares.

71 Tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el Tribunal Supremo, han entendido que si se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando, con el uso de instrumentos técnicos, se accede a lo que acaece dentro del domicilio sin autorización judicial, vid. SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 22/2003, de 10 de febrero y STS 329/2016 de 20 de abril. En la fecha de la redacción de este trabajo se conoce un resumen publicado por el Ministerio de Justicia del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborado por un comité de expertos que ha concluido el texto en 2020, en el que se señala que “se incluye en la nueva regulación la intromisión en el domicilio a través de medios electrónicos que permiten conocer desde el exterior la situación o el movimiento de personas y cosas en un espacio”, vid. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/paginas/enlaces/220711-enlacecriminal.aspx>

ciudadano define para excluir a los poderes públicos y a terceros de su propia privacidad, no puede ser ponderado con el mismo ángulo valorativo con el que se aceptan otras medidas de investigación”.

El control de estas diligencias lo llevará a cabo la Policía con la puesta a disposición a la autoridad judicial del soporte original o de la copia electrónica auténtica de las grabaciones de las conversaciones (e imágenes, en su caso), la transcripción de aquellas que se consideren de interés y con expresa identificación de todos los agentes que participaron en la ejecución y el seguimiento⁷².

Este acto de investigación cesará cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que no es útil para la obtención los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizado⁷³.

5. La captación de la imagen en lugares y espacios públicos mediante la utilización de dispositivos técnicos

El artículo 588 quinquies LECrim, letra a), permite a la Policía Judicial la obtención y grabación de imágenes de la persona investigada en lugares o espacios públicos, por cualquier medio técnico que facilite su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes que sirvan al esclarecimiento de los hechos. Llama la atención que la captación de la imagen por medio de dispositivos técnicos está prevista conjuntamente en el capítulo VII del Título VIII del Libro II con la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, cuando son diligencias que poco tienen en común⁷⁴.

72 Conde-Pumpido señala que el requisito que exige indicar qué agentes han participado en la ejecución y seguimiento de la medida, además de que únicamente se ha previsto para esta medida, resulta innecesario, no aporta ninguna garantía adicional para los derechos fundamentales en juego y significa un incremento del trabajo burocrático que desvela un desconocimiento del funcionamiento instructor por parte del legislador, en CONDE-PUMPIDO, cit., p. 12.

73 Vid. artículo 588 bis j) LECrim, común a todas las diligencias de investigación tecnológica s.

74 Resulta curiosa la ordenación de estas dos diligencias, que poco tienen en común, en un mismo capítulo, cuando las diferencias entre ambas son notorias, ya que, por ejemplo, la captación de la imagen en espacios públicos no requiere de habilitación judicial y la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización, sí. VILLAGÓMEZ MUÑOZ atribuye al tratamiento conjunto de la captación de la imagen en espacios públicos y de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización a su afectación al derecho a la intimidad, cit., p. 10.

Aunque que la mayor parte de las medidas de investigación tecnológica necesitan de autorización judicial habilitante por su afectación a derechos fundamentales de los investigados (e, incluso, de terceros), se ha articulado su dispensa respecto de la captación de la imagen mediante la utilización de dispositivos técnicos cuando se lleva a cabo en lugares públicos⁷⁵. Tal es así, que esta medida es legítima incluso aunque afecte a personas diferentes del investigado cuando no exista otro modo útil de vigilancia o cuando existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y con los hechos objeto de la investigación⁷⁶.

Ello, no obstante, nada se dice con respecto a su duración, por lo que habrá que estar a las disposiciones comunes de las diligencias de investigación tecnológica que, como se ha visto, limitan su práctica al al tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos, un plazo jurídico indeterminado que habrá que concretarse en cada caso.

Esta norma es fruto de la extensa jurisprudencia que ya admitía la grabación en lugares públicos sin necesidad de autorización judicial⁷⁷. Si bien, es preciso conocer que la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos exige la obtención de una autorización judicial para la grabación con una finalidad preventiva dirigida a una pluralidad de destinatarios⁷⁸. En este sentido, las FFCCSS necesitan de previa autorización judicial para la grabación indiscriminada de imágenes en lugares públicos, pero no es preceptiva cuando la captación de imágenes en la vía pública u otro espacio abierto se dirija a la vigilancia, el registro o el seguimiento de sospechosos de cometer actividades delictivas.

75 DURÁN SILVA, C.M., “Aspectos procesales de la videovigilancia practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”. En: *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 126, 2017.

76 Vid. artículo 588 quinquies a), apartado segundo LECrim.

77 SSTS 6 de mayo de 1991; 6 de mayo de 1993; 7 de febrero de 1994; 6 de abril de 1994; 21 de mayo de 1994; 18 de diciembre de 1995; 27 de febrero de 1996; 913/1996, de 25 de noviembre; 5 de mayo de 1997; 968/1998, de 17 de julio; 188/1999, de 15 de febrero; 14 de octubre de 2002; 354/2003, de 13 de marzo.

78 Un estudio pormenorizado de la cuestión en DURÁN SILVA, C.M.: *La videovigilancia en el proceso penal: tratamiento procesal y eficacia probatoria*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

6. El control remoto de seguimiento y localización

Los artículos 588 quinques b) y c) LECrim regulan la utilización policial de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización (comúnmente denominados balizas o *beepers*) con el propósito de controlar la posición geográfica de un sujeto investigado en el curso de una instrucción⁷⁹.

Cabe reparar, no obstante, que esta diligencia mostrará el posicionamiento del objeto sobre el que se ha instalado el dispositivo, pero no necesariamente de una persona en particular, que puede no estar portándolo, a bordo de la embarcación o conduciendo el vehículo balizado⁸⁰.

Si bien es cierto que la geolocalización es una medida más segura y eficaz que un seguimiento vigilado convencional y que, además, necesita de menos agentes para su puesta en práctica; no lo es menos que es más intrusiva para los derechos fundamentales de los investigados, en tanto en cuanto permite el control de los movimientos del sujeto pasivo incluso en espacios privados o en aquellos en los que no sería posible mantener el control visual⁸¹. Por ello, la adopción de esta diligencia necesita de previa

79 El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de abril de 2014 define baliza como aquel “pequeño dispositivo que, recibiendo datos de posicionamiento GPS, transmite su localización a otro dispositivo manejado por los agentes investigadores; permitiendo de este modo, y con total precisión, hacer un seguimiento minucioso de todos los movimientos del objeto seleccionado, sin más limitaciones que la de la capacidad de la batería que alimente al dispositivo oculto”.

80 Recientemente se ha dictado la STS 141/2020, de 13 de mayo sobre la utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización que señala que la ubicación espacio-temporal del sospechoso también puede posibilitar, en ocasiones, “precipitar una radiografía ideológica o religiosa del investigado a raíz del conocimiento de su asistencia a actos públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto de una u otra confesión religiosa, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o, en fin, la permanencia en un centro sanitario para cualquier intervención quirúrgica”.

81 Vid. VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales”. En: *Diario La Ley*, nº 8338, Año XXXV, Editorial LA LEY, 23 de junio de 2014. p. 8. Sobre esta cuestión, contrariamente a lo expuesto, Reyes López opina que la determinación espacial que realizan los dispositivos técnicos no es tan exacta como la efectúan visualmente los agentes y que, por tanto, el sacrificio del derecho es menor, en REYES LÓPEZ, J.I.: “Los dispositivos técnicos de geolocalización. Régimen jurídico a partir de la L.O. 13/2015”. En: *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016. Resulta curiosa la sentencia 216/2016 de la Audiencia Provincial de Navarra, de 29 de julio en la que la policía afirma que “dispositivo de control” es un término técnico-policial para referirse a la ubicación estratégica y discreta de efectivos policiales sobre una persona, objeto, vehículo o lugar para proceder a su vigilancia y

autorización del juez competente⁸², que, recuérdese, deberá sujetarse a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con las bases comunes que el artículo 588 bis a) dicta para las medidas tecnológicas⁸³.

control y no a un dispositivo de control instalado en un vehículo del investigado, para el que no se había solicitado la preceptiva autorización judicial (vulnerando el art. 588 quinques b) y por el que el apelante instaba la nulidad de actuaciones porque entiende que la localización del domicilio en el que se había realizado una entrada y registro se conocía por la instalación de una baliza de seguimiento en el vehículo del investigado.

- 82 Conforme a los artículos 588 bis b y c, aplicables a los capítulos V a IX del Título VIII del Libro II de la LECrim y, por tanto, a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, esta habilitación judicial se puede acordar de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Si se solicita, la petición debe contener: a) el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida, b) la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido, c) la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, d) la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, e) la duración de la medida, f) la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, g) la finalidad perseguida con la medida, h) el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. En todo caso, la autorización deberá dictarse –en forma de auto motivado– en el plazo máximo de veinticuatro horas desde la solicitud (de ser el caso) conteniendo, al menos, los siguientes extremos: a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida, b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido, c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, e) La duración de la medida, f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, g) La finalidad perseguida con la medida, h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.
- 83 Cabría preguntarse si no es una reiteración que el mismo artículo 588 quinques b se refiera a que se aprobará judicialmente la utilización de estos dispositivos de investigación si concurren “razones de necesidad y la medida result[a] proporcionada”, cuando son de aplicación a la autorización que habilita la adopción de esta medida los citados principios rectores del artículo 588 bis a, que ya recoge los principios de necesidad y proporcionalidad. Esta mención expresa puede tener su origen en la STEDH Uzun c/ Alemania, de 2 de diciembre que disponía que el uso de los dispositivos GPS es una injerencia en la vida privada porque recopila información sistemática de una persona y su utilización sólo es legítima si es acorde a los principios de proporcionalidad y necesidad.

Para el supuesto en el que concurren razones de urgencia tales que, de no adoptarse la medida, se frustraría la investigación, la Policía Judicial está legitimada para la colocación de estos dispositivos, informando y solicitando inmediatamente su confirmación o rechazo a la autoridad judicial (siempre en un plazo no superior a veinticuatro horas) para que este (también en un máximo de veinticuatro horas) permita la continuación de la medida u ordene su cese inmediato⁸⁴. Si el juez no ratifica el control remoto puesto en práctica por los agentes, lo obtenido hasta el momento no podrá utilizarse posteriormente en un proceso⁸⁵.

Nada dice la ley, sin embargo, sobre si, para la instalación de estos dispositivos, es posible el acceso a espacios protegidos por el 18.2 CE, como puede ser en un domicilio, en el interior de una embarcación que sirva de vivienda o una autocaravana, si bien, cabe entender que es necesaria motivación judicial adicional.

Por lo que a la duración hace referencia, el Juez autorizará la utilización de estos dispositivos técnicos de seguimiento y localización por el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos⁸⁶ y, en todo caso, por un máximo de tres meses, prorrogables judicialmente –de oficio o previa petición razonada del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial⁸⁷- si existen

84 La autorización judicial para la instalación de balizas de seguimiento no venía exigiéndose jurisprudencialmente de manera general, vid. las SSTs 942/2004, de 22 de julio; 562/2007, de 22 de junio; 523/2008, de 11 de julio; 906/2008, de 19 de diciembre; 798/2013, de 5 de noviembre, casi todas referidas a balizas usadas sobre embarcaciones. El Preámbulo de la LO 13/2015 justifica la necesaria autorización judicial para la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización en la incidencia sobre la intimidad que produce que los poderes públicos puedan conocer la ubicación espacial de una persona.

85 La información obtenida por dispositivos de seguimiento y localización sin autorización judicial *ex ante* o *ex post* carece de efectos en el proceso porque así lo dispone explícitamente el artículo 588 quinquies b 4, si bien es más discutible que se haya obteniendo vulnerando derechos fundamentales porque la jurisprudencia previa a la aprobación de este precepto entendía que no, vid. las SSTs 942/2004, de 22 de julio; 562/2007, de 22 de junio; 523/2008, de 11 de julio; 906/2008, de 19 de diciembre; 798/2013, de 5 de noviembre.

86 El artículo 588 bis e) LECrim determina que las medidas reguladas en los capítulos V a IX del Título III del Libro II LECrim no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

87 Así se desprende de la lectura conjunta de los artículos 588 bis e) y f) LECrim, aplicables a esta medida de investigación. De acuerdo con estos preceptos, también hay que tener en cuenta que si la solicitud de prórroga proviene del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, deberá incluir en todo caso un informe detallado del resultado de la medida y las razones que justifiquen la continuación de la misma. En el plazo de los dos días

motivos justificados tras el análisis de los resultados obtenidos, por un periodo igual o inferior, hasta un total de dieciocho meses⁸⁸. En atención a la limitación temporal es posible que, transcurrido el plazo, los agentes policiales no tengan acceso a la baliza para recuperarla y desactivarla. En el caso de que la medida continuase más allá del periodo autorizado, la información así conocida no podrá incorporarse al acervo probatorio por ausencia de habilitación judicial.

El control se realiza cuando el Juez lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones, entregándole la información en los soportes originales o en copias electrónicas auténticas⁸⁹. Como no podía ser de otro modo, la LECrim indica expresamente que la información obtenida a través de esta diligencia deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida⁹⁰.

Finalmente, igual que sucede con la diligencia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el artículo 588 quinquies b) también establece a los prestadores, agentes y personas que nombra el artículo 588 ter e) un deber de asistencia y colaboración para con el juez, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial designados para la práctica de la medida⁹¹. El incumplimiento de este deber podría considerarse como un delito de desobediencia.

7. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

El acceso a la información contenida en ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática, dispositivos de almacenamiento

siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante Auto motivado, si bien podrá solicitar aclaraciones o mayor información antes de dictar la resolución. Concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.

88 Se entiende, por tanto, que, si la policía judicial ha adoptado la medida sin la previa autorización judicial por concurrir razones de urgencia, el plazo de tres meses se inicia a partir de la fecha de la ejecución de la medida y no de la posterior autorización, en caso de confirmarse la legalidad de la misma.

89 Vid. Artículo 588 quinquies c) LECrim.

90 Artículo 588 quinquies c 3.

91 Resulta algo extraña la alusión al artículo 588 ter e, cuando podría reproducir en el artículo los sujetos a los que se refiere el citado precepto, sin necesidad de remitir a la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

masivo de información digital⁹² o a repositorios telemáticos de datos aprehendidos necesita de previa autorización motivada del juez de instrucción⁹³. Tal resolución fijará los términos y el alcance del registro, así como las condiciones y garantías de su preservación que posibiliten la práctica de un posterior dictamen policial⁹⁴. En este sentido, no es admisible un registro ilimitado⁹⁵, si bien es cierto que la delimitación de la injerencia *ex ante* se torna, en la práctica, algo complicada, porque aunque en ocasiones es posible conocer qué elementos se quieren examinar, únicamente una valoración posterior permite determinar la relación de

92 Sobre la conceptualización de los dispositivos de almacenamiento masivo de información véase el acertado estudio pormenorizado realizado en BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, Aranzadi, 2019. pp. 164 y ss.

93 Que, como señala FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.Á.: “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo”. En: *Dereito*, vol. 25, nº2, 2016. p. 37, deberá tomar en consideración los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a) LECrim.

94 A estos requisitos previstos en el artículo 588 sexies c) LECrim habrá que añadir las exigencias comunes a todas las diligencias de investigación reguladas en el capítulo IV del título VIII del Libro II de la LECrim, que contempla que la autorización judicial se sujete a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en la medida y que concrete, al menos, el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido, la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, la duración de la medida, la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, la finalidad perseguida y el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. En atención al cumplimiento del principio de proporcionalidad, Cabezudo Bajo critica que las disposiciones específicas de esta medida de investigación no definan unos delitos concretos ni exijan que la resolución judicial se motive en atención a la probabilidad de éxito del fin perseguido, en CABEZUDO BAJO, cit., p. 91. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 2, 27/2020, de 17 de enero decreta la nulidad de la autorización judicial del volcado para su posterior estudio de toda la información obrante en unos móviles incautados a unos detenidos, por no hacer referencia a los delitos por los que se incoan las Diligencias Previas, ni realizar la necesaria ponderación con los derechos del investigado.

95 Recuérdese que “la investigación delictiva, la actuación estatal en la represión penal, está sujeta a los límites y condiciones impuestos por las normas constitucionales y procesales que salvaguardan la eficacia, intangible más allá de las restricciones admisibles, de los derechos y libertades fundamentales”, como señala ASENIO MELLADO, J. M.: “El proceso penal con todas las garantías”. En: *IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, nº 33, 2006. p. 236.

los archivos con el objeto de la investigación⁹⁶. En todo caso, se evitará la incautación de los soportes físicos cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos, salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen⁹⁷.

Así, la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos y el acceso a los mismos puede realizarse durante el transcurso de una diligencia de registro domiciliario o con independencia de ella⁹⁸. En ambos supuestos es necesaria previa autorización expresa y razonada del juez instructor⁹⁹. Si es previsible el hallazgo de tales dispositivos durante

96 Como acertadamente apunta Rodríguez Lainz, “sería pecar de una ingenuidad extrema pensar que un terrorista va a abrir una carpeta con el nombre “organigrama de la célula” y, en ese sentido, aboga por examinar todos los archivos, en RODRÍGUEZ LAINZ, cit., p. 9. Esta cuestión se plantea en la STEDH Robathin c. Austria, de 3 de julio de 2012 -disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111890->, que no considera desproporcionado el examen de todos los archivos electrónicos del investigado porque se había realizado a nivel superficial, servía a un objetivo legítimo y los derechos del encausado habían sido interferidos en la menor medida posible. Resulta de interés la STS 311/2020, de 15 de junio, que analiza un supuesto en el que, para superar este escollo, los agentes, en el contexto de una entrada y registro autorizada judicialmente, solicitan al investigado las claves de acceso a los equipos informáticos para realizar una inspección superficial de los mismos para determinar los que debían ser objeto de incautación, “dado que el auto judicial habilitante sólo permitía la intervención de los elementos (ordenadores, soportes informáticos, terminales de telefonía móvil, etc.) que tuvieran relación directa o indirecta con las actividades investigadas, lo que exigía ese previo examen superficial”.

97 Así se desprende del artículo 588 sexies c) 2 LECrim.

98 En este sentido, Gimeno Beviá alega que no tiene sentido un tratamiento separado en función de que el dispositivo se encuentre en un domicilio o fuera de él porque las garantías son las mismas, en GIMENO BEVIÁ, J., cit., p. 208.

99 Vid. artículo 588 sexies, letra a) LECrim. Este precepto exige justificación motivada en la autorización judicial con respecto a la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, a fin de individualizar la ponderación judicial de la limitación de los diversos derechos fundamentales afectados. Con anterioridad a la inclusión de esta medida operada por el artículo diecisiete de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, la jurisprudencia entendía que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia como la aprehensión de todos aquellos soportes de información

el registro domiciliario (y se entiende preciso su examen), podrá incluirse, en una misma resolución judicial, ambas autorizaciones con motivación individualizada¹⁰⁰. Si, por el contrario, este registro no se prevé en el auto de entrada en el domicilio, el órgano judicial podrá dictar una segunda resolución que contenga la necesaria habilitación prevista en el artículo 588 sexies c¹⁰¹.

En casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida, la Policía Judicial podrá acceder a la información contenida en el dispositivo incautado, poniendo inmediatamente (y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas) en conocimiento del juez tal circunstancia, junto con las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas a contar desde que esta fue ordenada.

Además, las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán pedir a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo (salvo al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco o a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional) que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para

que pueda encontrarse en el interior de la vivienda al entender que el registro de libro y papeles y recogida de otros efectos e instrumentos del delito incluía también el registro de estos instrumentos -véanse las SSTS 4745/2002, de 27 de junio; 2809/2008, de 14 de mayo; 691/2009, de 5 de junio-. El TS ha comenzado ya a adoptar esta exigencia, diversa al criterio histórico, vid. STS 786/2015, de 4 de diciembre.

100 Así puede verse el Auto del Tribunal Supremo 691/2020, de 10 de septiembre que inadmite la petición del recurrente que alega nulidad de la información obtenida de un teléfono móvil porque se obtiene de un teléfono móvil al que se accede en el curso de un registro domiciliario que no cuenta con la correspondiente orden judicial. Al respecto, el Alto Tribunal sostiene que no hay vulneración del 18.2 porque el investigado autoriza en presencia de su Abogado la entrada en la vivienda y el registro del móvil cuenta con la preceptiva resolución judicial.

101 Vid. artículo 588 sexies, letra c) LECrim. La necesidad de motivar judicialmente el acceso al contenido de los dispositivos tecnológicos de manera diferenciada a la justificación que habilite el registro del domicilio ha sido puesto de manifiesto, antes y después de la reforma, por las SSTS 985/2009, de 13 de diciembre; 342/2013, de 17 de abril; 587/2014, de 18 de julio y 97/2015, de 24 de febrero.

el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia¹⁰². Ello, no obstante, existen dudas acerca de la materialización de este deber de colaboración.

El estado de la técnica permite, también, el acceso remoto a datos que, aunque no se encuentren contenidos en el dispositivo sobre el que se realice la exploración, sean accesibles a través del mismo por medio de lo que se conoce como registro ampliado o *extended search of computers*¹⁰³. Esta información disponible desde un primer dispositivo intervenido físicamente para el que se ha autorizado su registro se refiere, en la mayoría de las ocasiones, a aquella contenida en la nube o *cloud computing*¹⁰⁴, si bien, también puede estar en una red local (*computer network*).

La ampliación lícita del registro de un sistema a aquellos datos accesibles exige autorización judicial, que puede venir contenida en la habilitación inicial de registro o concederse posteriormente¹⁰⁵. Si concurren razones de urgencia y se aprecia un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida, la LECrim habilita a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal para que lleve a cabo la ampliación del registro, siempre que informe al juez competente sobre la forma en

102 Es necesario contraponer el deber de colaboración previsto en el artículo 588 sexies c 5 LECrim para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información con el exigido para el registro remoto sobre equipos informáticos que contempla el artículo 588 septies b LECrim. Este análisis muestra que el primero de los preceptos citados es el mismo que el segundo apartado del artículo 588 septies b, si bien tienen una parte distinta (el deber de colaboración del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información se exceptúa cuando de ello derive una carga desproporcionada para el afectado y, para el registro remoto sobre equipos informáticos se dice que esta obligación se refiere a la información que resulte necesaria “para el buen fin de la diligencia”). Del enfrentamiento de estas dos reglas, Rodríguez Lainz destaca que la primera se refiere a la facilitación de conocimientos y, la segunda, va más allá y se refiere a que los sujetos mencionados están obligados a facilitar la colaboración y asistencia, en RODRÍGUEZ LAINZ, cit., pp. 10-11. En ese sentido, continúa el autor, se da la paradoja de que la colaboración a la Policía judicial es más amplia en el registro remoto de un dispositivo que en el registro físico del mismo.

103 BACHMAIER WINTER, cit., p. 5.

104 Las organizaciones que prestan servicios de *cloud computing* almacenan la información de sus usuarios de manera permanente en servidores alojados en cualquier parte del mundo y la envían a través de Internet a cachés temporales del equipo informático del usuario que asocie a esa “nube” o con el que acceda a él (equipo portátil, equipo de sobremesa, tableta, Smartphone...). Drive o Dropbox son ejemplos de servicios de *cloud computing*.

105 Art. 588 sexies c) LECrim que recoge lo ya dispuesto en el artículo 19.2 del Convenio de Budapest.

que se ha efectuado y su resultado en el momento más inmediato y, en todo caso, siempre en el plazo máximo de veinticuatro horas desde la actuación¹⁰⁶. El juez, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación¹⁰⁷.

Pese a que nada dice la Ley al respecto, parece acertado aplicar el artículo 588 bis k) LECrim para que se acuerde su destrucción de la información obtenida en los supuestos en los que no venga ratificada *a posteriori*.

8. El registro remoto o *hacking judicial*.

El registro remoto, registro *online*, *remote search* o *hacking judicial* es una técnica de investigación que consiste en el acceso y exploración a distancia de un sistema informático o dispositivo electrónico del sujeto investigado, sin su conocimiento¹⁰⁸. Por lo general, esta diligencia exige que los equipos estén en funcionamiento y en línea, lo que complica su ejercicio¹⁰⁹.

La regulación de esta práctica en los artículos 588 septies, letras a)-c) LECrim supone un avance importante, porque venía utilizándose, por aplicación analógica, la tradicional recogida de los efectos del delito como

106 Art. 588 sexies c) LECrim, apartado cuatro.

107 Adviértase que el apartado tercero del art. 588 sexies c) LECrim habilita a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal a ampliar en registro sin previa autorización judicial cuando concurra urgencia y, el apartado cuarto de este mismo precepto, faculta a la Policía judicial a llevar a cabo las medidas previstas en los apartados anteriores sin previa autorización judicial cuando concurra urgencia e interés constitucional legítimo, comunicándolo al juez competente en las mismas condiciones que lo referido para la ampliación del registro que regula el apartado tercero. Esta doble previsión, que no coincide en su totalidad, recogidas en dos preceptos consecutivos de un mismo artículo demuestra una técnica legislativa deficiente que debiese corregirse.

108 PRADILLO, J.C.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Colex Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2013. p. 177; AGUSTINA SANLEHÍ, J. R.: “*Algunas consideraciones sobre el denominado hacking judicial*”. En: *Iuris*, nº 199, Sección Tribuna, Quincena del 1 al 14 octubre. Editorial La Ley, 2013. Rodríguez Lainz apunta que el registro remoto, a diferencia con la intervención de las comunicaciones, se obtiene del dispositivo, esto es, de la misma fuente de origen, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción”. En: *Diario La Ley*, nº 8896, 9 de enero de 2017. p. 8.

109 RICHARD GONZÁLEZ, cit., p. 18.

diligencia habilitante para examinar los dispositivos electrónicos hallados en una entrada y registro en lugar cerrado¹¹⁰.

En la actualidad hay tres formas distintas de llevar a cabo el registro remoto, en primer lugar, con la instalación de un software, conocido como “troyano” o *spyware*¹¹¹, que accede al contenido del dispositivo que se pretende analizar; en segundo lugar, con el uso de códigos o datos de identificación que permiten el ingreso a los contenidos del dispositivo y, en tercer lugar, con la instalación de un *keylogger*, esto es, un instrumento que, a través de un hardware o un software, almacena las pulsaciones que se realizan en el teclado de un dispositivo¹¹².

Este tipo de registros puede resultar útil cuando el dispositivo electrónico investigado se encuentra en constante movimiento (como ocurre, por ejemplo, con los *smartphones*); cuando el acceso al lugar donde este se halle suponga un peligro para la vida o integridad física de los agentes, de la información o del propio equipo informático; o cuando sea necesario acceder al equipo informático en tiempo real para capturar las claves utilizadas para descifrar el uso de criptografía en la información almacenada¹¹³.

Esta medida de investigación, como puede advertirse, es harto invasiva y afecta a derechos fundamentales tales como el del secreto de las comunicaciones¹¹⁴, a la protección de datos, a la inviolabilidad del domicilio

110 AGUSTINA SANLLEHÍ, cit., p. 4; ORTIZ PRADILLO, cit., pp. 178 y ss.

111 “Troyano” y *spyware* son programas espías que acceden al contenido del dispositivo en el que se instalan. El primero, como puede deducirse, debe su nombre al mitológico caballo de Troya.

112 DELGADO MARTÍN, J.: “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”. En: *Diario La Ley*, nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero. Editorial La Ley, 2016. p. 14. Rodríguez Lainz indica que la utilización de códigos o datos de identificación comporta de la colaboración de terceros o de operadores que presenten servicio de la sociedad de la información y de un acceso para activar las claves que se torna complejo y, con respecto a la utilización de troyanos, expone que pueden acceder al dispositivo aprovechando su conexión a una red pública o a canales de compartición de información o por medio de un envío adjunto en un correo o mensaje, si bien, en ocasiones, se necesitará desactivar niveles o protocolos de seguridad de forma manual, en RODRÍGUEZ LAINZ, cit., p. 7.

113 DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba electrónica en el proceso penal”. En: *Diario La Ley*, Sección doctrina, La Ley, nº 8167, 2013.

114 Así, el acceso al contenido de un dispositivo electrónico implica en numerosas ocasiones también el registro de las telecomunicaciones escritas almacenadas en el dispositivo. Bachmaier Winter compara los requisitos necesarios para el registro remoto y para la interceptación telefónica y concluye que la interceptación telefónica se autoriza

(si el dispositivo capta lo que sucede en el interior de una vivienda) y, especialmente, al propio entorno virtual, una nueva garantía de creación jurisprudencial¹¹⁵.

Por ello, esta diligencia únicamente está prevista para los delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, contra la Constitución, de terrorismo, de traición y relativos a la defensa nacional, perpetrados en el seno de organizaciones criminales y cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación¹¹⁶. Un representativo sector doctrinal ha criticado, con acierto, que se permita un grado de injerencia tan grave por el único hecho de que el delito se haya consumado en el ámbito digital, sin atender a su gravedad¹¹⁷.

para la investigación de los delitos cuya pena no llegue a los tres años de privación de libertad (salvo que se trate de los delitos de delincuencia organizada, terrorismo o delitos cometidos a través de sistemas informáticos) y el registro remoto para delitos concretos, independientemente de la pena prevista para los mismos; por lo que deduce que la intención del legislador no ha sido cubrir la interceptación en tiempo real de las telecomunicaciones con el registro remoto, aunque el acceso a esas comunicaciones en poco o nada se diferencia en la mayoría de los casos de su interceptación en tiempo real, vid. BACHMAIER WINTER, cit., p. 14.

- 115 RICHARD GONZÁLEZ, M., cit., p. 18. Me ocupo de este nuevo derecho fundamental en ARRABAL PLATERO, P.: “El derecho fundamental al propio entorno virtual y su incidencia en el proceso”. En: *Era Digital, Sociedad y Derecho*. Dir. Fuentes Soriano; Coords. Arrabal Platero, Doig Díaz, Ortega Giménez, Turégano Mansilla. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020. pp. 431-441 y en ARRABAL PLATERO, P.: *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

- 116 Vid. artículo 588 septies a) LECrim.

- 117 En este sentido, González Navarro afirma que “parece que con ello se equipara el hecho de que para la comisión del hecho delictivo se hayan utilizado las nuevas tecnologías con que para la investigación de los hechos (que perfectamente pueden ser de escasa relevancia, pues nada especifica el precepto en sentido contrario) se utilice una medida tan gravosa como la que aquí se estudia. Sin embargo, entiendo que la sola existencia de un ilícito penal que haya sido cometido por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información no puede ser suficiente para legitimar, por sí misma y de forma automática, la utilización de esta medida”, en GONZÁLEZ NAVARRO, A.: “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana”. En: *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Coord. Fuentes Soriano. Tirant lo Blanch, 2017. p. 404. En la misma línea, entre otros, BUENO DE MATA, F.: “Drones, virus espía y agentes encubiertos en la Red”. Ponencia presentada al XIX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA MEDELLÍN, del 26 al 28 de agosto de 2015. p. 19. Bachmaier Winter justifica este supuesto en una recomendación del Convenio de Budapest que se puede leer en el Informe Explicativo del Convenio, en BACHMAIER WINTER, cit., pp. 13-14.

La adopción de esta diligencia necesita de previa aprobación en forma de Auto motivado por el juez que instruya la causa en un plazo de veinticuatro horas desde que se formule la solicitud. Esta resolución judicial debe cumplir con las disposiciones comunes previstas en los artículos 588 bis a)-c) LECrim¹¹⁸ y ha de detallar numerosos datos, véase: qué dispositivos o sistemas informáticos son objeto de la medida; el alcance y forma de la misma; el software mediante el que se ejecutará el control de la información¹¹⁹; los agentes autorizados que accederán y aprehenderán los datos o archivos informáticos relevantes para la causa¹²⁰; las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados y para la inaccesibilidad o supresión de los mismos del sistema informático al que se ha tenido acceso; y, en su caso, la autorización para la realización y conservación de copias de los datos informáticos -estos extremos se podrán ampliar judicialmente cuando los policías que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo¹²¹. La exigencia de autorización judicial se extiende, incluso, al registro ampliado de datos que puedan estar almacenados en otro sistema informático o parte del mismo¹²².

118 Bachmaier Winter sostiene que la justificación de la aplicación del principio de proporcionalidad para la adopción del auto judicial motivado se cieme compleja cuando no se trata de delitos graves, especialmente cuando estamos ante delitos cometidos a través de sistemas informáticos cuya pena prevista no es elevada, porque el perjuicio que esos delitos causan a la sociedad no siempre es tan evidente, en BACHMAIER WINTER, cit., pp. 22-23.

119 BACHMAIER WINTER, cit., p. 28 afirma que “los jueces de instrucción no tienen conocimientos de informática suficientes para decidir cuál es el software que debe utilizarse para el registro remoto o cómo debe realizarse la copia y conservación de los datos que se aprehenden. Al respecto, y en tanto los jueces de instrucción no reciban formación especializada en estas materias y se elabore un protocolo de ejecución de estas medidas, habrán de confiar en las indicaciones que reciben de los propios agentes especializados en delitos telemáticos o en peritos informáticos”.

120 Richard González prevé la posibilidad de que esta medida se conceda asociada a la figura del agente encubierto informático, previsto *ex novo* por la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* en el artículo 282 bis LECrim, en RICHARD GONZÁLEZ, cit., p. 19.

121 Artículo 588 septies a) y las disposiciones comunes a todas las diligencias tecnológicas previstas en el artículo 588 bis, letra c, apartado tercero LECrim.

122 La previsión de ampliar el registro a información contenida en otro sistema informático o parte de él también se regula con respecto al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información en el que, además y a diferencia de lo que establece el artículo 588 septies a) 3 para el registro remoto, podrá llevarse a cabo de urgencia por el Ministerio

Con respecto a su limitación temporal, la medida se ceñirá al tiempo estrictamente imprescindible para el esclarecimiento de los hechos¹²³, si bien tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de tres, siempre que la diligencia siga siendo adecuada, necesaria y proporcional¹²⁴. Para el cómputo del plazo parece acertado tomar como *dies a quo* el momento en que se ha instalado y está operativo el software en el equipo en cuestión y este resulte accesible y, como *dies a quem* o momento que debiese cesar la medida, el que finaliza la efectiva clonación del contenido del dispositivo¹²⁵. Por tanto, no se trata de una injerencia puntual, sino que, más bien, se trata de una intrusión continua del poder público¹²⁶, lo que, sumado a la clandestinidad que conlleva su carácter remoto se traduce en una importante limitación en los citados derechos fundamentales¹²⁷.

También se prevé la obligada colaboración de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como de toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática,

Fiscal o la Policía judicial informando al juez en el plazo máximo de veinticuatro horas para que pueda refrendar o censurar la actuación.

123 Tal y como establecen las disposiciones comunes del artículo 588 bis e LECrim para los actos de investigación regulados en los capítulo V a IX del título VIII del Libro II de la citada ley procesal.

124 Artículo 588 septies c. Véase que, al contrario de lo que sucede con los plazos previstos para la intervención de las comunicaciones, éstos plazos sí son acordes con los previstos para la declaración del secreto del sumario, aunque no coinciden con la prevista para las otras medidas de investigación telemática. Ello no obstante, el artículo 588 bis d LECrim declara expresamente el secreto de la causa automático para las diligencias tecnológicas.

125 Vid. BACHMAIER WINTER, cit., p. 18.

126 DELGADO MARTÍN, cit., p. 13. Sobre el particular, CONDE-PUMPIDO TOURÓN alega que si el objeto de la medida es “el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos”, ésta debería estar limitada temporalmente a obtener una copia de los archivos en un momento concreto, pero que la duración de la medida de hasta tres meses no parece avalar esta interpretación, en “La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos (arts. 588 sexies y 588 septies LECrim)”, ponencia dictada en las Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática celebradas por el Ministerio Fiscal el 10 marzo 2016, p. 13, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Conde-Pumpido%20Tour%C3%B3n.pdf?idFile=4d9fe168-e9ee-4cd9-a783-68eab6158e47 (fecha de consulta: 17/01/2018).

127 BACHMAIER WINTER, cit., p. 7.

lógica o virtual y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro para facilitar a los investigadores la práctica de la medida, el acceso al sistema y la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización¹²⁸. Del mismo modo, las autoridades y los agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquiera que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo -salvo excepciones¹²⁹- que facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia. Los sujetos citados tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades y podrán incurrir en delito de desobediencia¹³⁰.

III. CONCLUSIONES

Primera. Es reseñable y digno de elogio el esfuerzo del legislador por regular estos nuevos actos de investigación para dotarles de legalidad, así como la labor didáctica que realiza en la descripción de cada uno de los principios que deben regir la concesión de una autorización judicial (especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Segunda. Todavía quedan cuestiones que necesitan ser matizadas, como la idoneidad de que se adopten todas las diligencias tecnológicas en una misma pieza separada que mejore su control judicial; que se prevea también la eliminación de los registros que están en posesión de las partes; la efectiva notificación a los terceros afectados en la intervención de las comunicaciones; o la eliminación de los delitos cometidos en Internet como supuesto para la adopción del *hacking* judicial. Quizás, como suele ocurrir, será la jurisprudencia la que nos ofrezca soluciones¹³¹.

128 Artículo 588 septies b) LECrim.

129 No estarán obligados a colaborar el investigado o encausado, las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco, o aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.

130 Vid. artículos 588 septies b) y 588 ter e) LECrim.

131 Una jurisprudencia como la que señala Molina Navarrete cuando señala que “la jurisprudencia “originariamente procede de la suma de dos vocablos tenidos siempre por solidos: *iuris* (Derecho) y *prudencia* (sabiduría). En la hermosa novela histórica «Memorias de Adriano», el insigne emperador -español, por cierto- ya utilizaba esa identificación entre «sabiduría», «prudencia» y «robustez» del conocimiento -lo aplicaba a su médico, que había ejercido con éxito la medicina más de 3 décadas-. Y eso pareció identificar durante tiempo la «jurisprudencia», esa sabiduría fraguada por

Tercera. Sería deseable en pro de una buena técnica legislativa, que las disposiciones comunes regulen aspectos que afecten a todas las diligencias para las que están previstas y que no redunden en aspectos que ya prevén las normas específicas. Igualmente, también es importante que las disposiciones no se conviertan en remisiones, como ocurre con los hallazgos casuales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.: “Algunas consideraciones sobre el denominado hacking judicial”. En: *Iuris*, nº 199, Sección Tribuna, Quincena del 1 al 14 octubre, Editorial La Ley, 2013

ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (quinta edición), Marcial Pons, Madrid, 2010

ARRABAL PLATERO, P.: “Algunas cuestiones controvertidas sobre la obtención de datos de tráfico”. En: *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Dir. Conde Fuentes, Serrano Hoyo; Coords. Arrabal Platero, García Molina. Atelier, Barcelona, 2019.

ARRABAL PLATERO, P.: “El derecho fundamental al propio entorno virtual y su incidencia en el proceso”. En *Era Digital, Sociedad y Derecho*. Dir. Fuentes Soriano; Coords. Arrabal Platero, Doig Díaz, Ortega Giménez, Turégano Mansilla. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

ARRABAL PLATERO, P.: “Validez de la grabación policial al conductor a efectos de prueba en el delito de conducción bajo la influencia de las drogas del artículo 379.2 CP”. En: *La Ley Privacidad*, Wolters Kluwer, nº 4, 2020.

ARRABAL PLATERO, P.: *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

el suceder de las decisiones de los más altos tribunales de forma reiterada, reflexiva, seria, sólida, en definitiva”, en MOLINA NAVARRETE, C.: “Ahora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insoportable «liquidez» de la jurisprudencia”. En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2019.

ARRABAL PLATERO, P.: “El acceso policial a los datos almacenados por los prestadores de servicios a la luz de la STJUE de 2 de octubre de 2018 (ASUNTO C-207/16)”. En prensa

ASENCIO MELLADO, J.M.: “El proceso penal con todas las garantías”. En: *IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, nº 33, 2006.

BACHMAIER WINTER, L.: “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”. En: *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 71, nº 2195, 2017.

BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, Aranzadi, Navarra, 2019.

CABEZUDO BAJO, M.L.: “El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época. 15.

DELGADO MARTÍN, J.: “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”. En: *Diario La Ley*, nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero, Editorial La Ley, 2016.

DURÁN SILVA, C.M.: “Aspectos procesales de la videovigilancia practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”. En: *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 126, 2017.

DURÁN SILVA, C.M.: *La videovigilancia en el proceso penal: tratamiento procesal y eficacia probatoria*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.Á.: “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo”. En: *Dereito*, vol. 25, nº2, 2016.

FUENTES SORIANO, O.: “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015”. En: *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Dir. Alonso-Cuevillas Sayrol, Atelier, Barcelona, 2016.

GIMENO BEVIÁ, J.: “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”. En: *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, nº 40, octubre-diciembre 2015.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal penal*, tercera edición. Thomson Reuters, Navarra, 2019.

GONZÁLEZ NAVARRO, A.: “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana”. En: *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Coord. Fuentes Soriano, Tirant lo Blanch, Madrid, 2017.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L.: “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17-06, 2015.

MARTÍN, J.: “La prueba electrónica en el proceso penal”. En: *Diario La Ley*, Sección doctrina, La Ley, nº 8167, 2013

MOLINA NAVARRETE, C.: “Ahora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insoportable «liquidez» de la jurisprudencia”. En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2019.

ORTIZ PRADILLO, J.C.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Colex Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2013.

PÉREZ GIL, J.: “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución”. En *Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli*. Ed. Aracne, Roma, 2018.

REYES LÓPEZ, J.I.: “Los dispositivos técnicos de geolocalización. Régimen jurídico a partir de la L.O. 13/2015”. En: *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”. En: *Diario La Ley*, nº 8808, 21 de julio de 2016.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”. En: *Diario La Ley*, nº 8729, 28 de marzo de 2016.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción”. En: *Diario La Ley*, nº 8896, 9 de enero de 2017.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*. Sepín, Madrid, 2016

VEGAS TORRES, J.: “Las medidas de investigación tecnológica”. En: *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Coord. Cedeño Hernán, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

VELASCO NÚÑEZ, E.: “Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales”. En: *Diario La Ley*, n° 8338, Año XXXV, Editorial LA LEY, 23 de junio de 2014.

ZOCO ZABALA, C.: *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

A VUELTAS CON LA UTILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

*BACK WITH THE UTILITY OF THE CASSATION APPEAL IN
THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION.*

WALTER REIFARTH MUÑOZ*

Resumen

El presente trabajo pretende abordar críticamente la reforma del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con especial atención a los aspectos procedimentales y al interés casacional objetivo a que se refiere dicha norma, piedra angular del nuevo sistema. Para ello, se considera necesario analizar previa y sucintamente las funciones del recurso de casación y las limitaciones a su acceso para emprender después el estudio los problemas procesales y sustantivos que puede conllevar dicha reforma.

Palabras Clave

Recurso de casación; orden contencioso-administrativo; Tribunal Supremo; admisibilidad; interés casacional.

Abstract

In this paper, we critically address the reform of cassation appeal (recurso de casación) on the contentious-administrative jurisdiction carried out by Act nº 7/2015 of 21th July, which amends the Judiciary (Organization) Act. We will focus on the procedural aspects and the appeal interest, one of the

cornerstones of the new system. In doing so, it is considered necessary to briefly analyze the functions of the cassation appeal and its access constraints first, then undertake the study of the procedural and substantive problems that the aforementioned reform may entail.

Keywords

Cassation appeal; contentious-administrative jurisdiction; Supreme Court; admissibility; cassational interest.

I. INTRODUCCIÓN

En España, el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo no se incorporó al abanico de medios de impugnación hasta la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. Con anterioridad, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cúspide judicial en este orden, había asumido con carácter general la competencia para resolver los recursos de apelación contra ciertas resoluciones de la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las ya suprimidas Audiencias Territoriales. Ya desde ese momento, el legislador pretendió crear un medio de impugnación efectivo cuya finalidad básica fuera la creación y custodia de pautas interpretativas uniformes que exige la seguridad jurídica de todo Estado de Derecho. Sin embargo, se mantuvieron determinados aspectos del carácter subjetivo de un recurso que, en última instancia, está destinado a resolver las pretensiones deducidas por las partes en conflictos previos mediante la confirmación o la anulación, total o parcial, de la decisión judicial impugnada.

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, contiene reformas procesales de hondo calado, como la eliminación de la responsabilidad civil directa de jueces y magistrados, nuevas posibilidades de especializar uno o varios órganos judiciales de modo temporal y con carácter exclusivo si así lo exige el cúmulo de asuntos, el mecanismo para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el encaje definitivo de la jurisdicción militar en el Poder Judicial, entre otras muchas. Pero, sin duda, una de las modificaciones más importantes es la que afecta al sistema casacional contencioso-administrativo con el objetivo, como advierte el Preámbulo de la Ley, de asegurar la uniformidad en la aplicación judicial

del Derecho e intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. En la consecución de tan loable fin, la reforma diseña un mecanismo de admisión de los recursos de casación que pivota sobre el concepto de interés casacional objetivo y hace desaparecer las anteriores limitaciones del acceso al recurso por razón de la materia y la cuantía.

Este trabajo indaga, a través del método jurídico, en la nueva configuración del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, con especial énfasis en los criterios de admisibilidad, las resoluciones impugnables y las diferentes fases del recurso. Con ello, se pretende ofrecer una visión panorámica de una reforma que ha querido dejar atrás los remedios coyunturales a un problema sistémico y que ha transformado de forma aguda la caracterización de este medio de impugnación como lo conocíamos hasta entonces.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA

Cualquier estudio crítico que pueda considerarse fundado sobre la reforma del sistema casacional en el orden contencioso-administrativo debe venir precedido, con carácter necesario, por el análisis de las funciones del recurso de casación, así como por la descripción del contexto y de la dirección de una modificación de tan profundo calado. No se busca con ello profundizar en una materia inabarcable por sí misma, sino exponer de forma sucinta algunas ideas comunes en esta materia, porque el juicio sobre la reforma va a estar profundamente condicionado por el conocimiento de las circunstancias concurrentes y, sobre todo, por la mayor significación, objetiva o subjetiva, que se le quiera dar al recurso en cada caso.

1. Concepto y funciones del recurso de casación

El Tribunal Supremo, en cuanto tribunal de casación, tiene una función sustancialmente distinta a la que se encomienda al resto de órganos jurisdiccionales, por más que en todos ellos, en la interpretación del Derecho y la formación de jurisprudencia, operen en general mediante la resolución de los concretos conflictos jurídicos que se les presentan. Para Calamandrei, los tribunales de casación proyectan su actividad sobre la

aplicación de la ley desarrollada por los tribunales inferiores en grado¹. Así, cuando el Tribunal Supremo resuelve litigios *secundum ius*, controla al propio tiempo la relación entre la función legislativa y la función jurisdiccional. Por tanto, corresponde a los tribunales de casación la función constitucional de nomofilaquia por la que “se trata de mantener [a] los órganos jurisdiccionales en la esfera de su poder, destruyendo las sentencias que hayan sido pronunciadas fuera de los límites del mismo”².

Como es sabido, el recurso de casación es un recurso extraordinario, sustanciado en términos generales ante el Tribunal Supremo, contra las resoluciones definitivas que dictan los órganos jurisdiccionales inferiores a fin de examinar la aplicación del Derecho que estos hacen en el ejercicio de su función. Siendo extraordinario, no cabe contra todas las resoluciones judiciales, sino solo aquellas a las que el ordenamiento permite su acceso a la casación, y tampoco puede considerarse un grado jurisdiccional que permita un nuevo examen de todas y cada una de las cuestiones conocidas por el órgano de instancia. Por estas razones, el recurso de casación se ha diferenciado tradicionalmente de otros medios de impugnación por la determinación de motivos o circunstancias que limitan su interposición. Con ello, se persigue la custodia del ordenamiento jurídico mediante el mantenimiento de una jurisprudencia uniforme y la anulación de las resoluciones contrarias a él³.

Artículo recibido para su evaluación el 7 de mayo de 2020, y aprobado para su publicación el 15 de julio de 2020.

* Personal investigador en formación en el Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca (España) gracias a las Ayudas destinadas a financiar la contratación predoctoral de personal investigador de la Junta de Castilla y León y el Fondo Social Europeo (Orden EDU/574/2018, de 28 de mayo). Este trabajo ha sido realizado en el marco de una estancia de investigación de mayo a julio de 2019 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España). Email: reifarth@usal.es.

1 CALAMANDREI, Piero: La casación civil, tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945. p. 29.

2 *Ibidem*, p. 57. También se ha advertido de los resultados devastadores para la utilidad del recurso que ha tenido la deformación de las ideas del insigne procesalista italiano por parte de la más autorizada doctrina: NIEVA FENOLL, Jordi: “La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoris*”, en *Jurisdicción y proceso*. Marcial Pons, Madrid, 2009. pp. 479-503.

3 Para profundizar en la identidad del recurso de casación como medio de garantizar el cumplimiento de la ley y de una interpretación uniforme a través de la defensa de los intereses que las partes traen al proceso, véase también CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios del Derecho Procesal Civil*, tomo II. Reus, Madrid, 1925. pp. 533 y ss.

El recurso de casación debe alcanzar toda cuestión que resulte relevante para el conjunto de la sociedad, con independencia de su procedencia y cuantía, ya que, en el orden jurisdiccional que nos interesa aquí, debe permitir que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre “los grandes temas jurídico-administrativos de nuestro país y sobre otros más pequeños pero de indudable trascendencia para dotar de uniformidad interpretativa a todo el ordenamiento jurídico”⁴.

El debate sobre la verdadera función que debe cumplir el recurso de casación no es nuevo y muchas veces se ha planteado con cierto maniqueísmo. En los últimos años, la doctrina más extendida es la que defiende que el recurso de casación debe estar más orientado a la depuración de la aplicación del ordenamiento jurídico (*ius constitutionis* o función nomofiláctica) que a la protección de los intereses del ciudadano (*ius litigatoris*). Ello parece derivar de la creencia de que los órganos judiciales supremos del mundo anglosajón dictan pocas sentencias, pero de gran autoridad, en comparación con sus homólogos en el civil law, que sufren una excesiva carga de trabajo derivada del ingente número de asuntos que están obligados a conocer y resolver, con el correspondiente retraso en su terminación y la mayor probabilidad de que existan resoluciones contradictorias⁵. Además, la necesidad de mantener una jurisprudencia uniforme obliga a mantener la unicidad de los tribunales supremos en sus respectivos ordenamientos, cuya contrapartida suele ser una sobrecarga que puede poner en peligro la utilidad de sus mandatos.

La armonía entre ambas tendencias no se ha alcanzado, y lo cierto es que la concepción de los tribunales de casación como órganos protectores del ordenamiento no es en absoluto incompatible con que el individuo que acuda a ellos pueda beneficiarse de aquella función nomofiláctica para la mejor tutela de su interés privado mediante el reenvío del asunto resuelto por el tribunal de instancia. En mi opinión, lo verdaderamente antagónico

4 CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego: “Por un nuevo modelo del recurso de casación en materia contencioso-administrativo”. En: Revista de Jurisprudencia, 1 de diciembre de 2013.

5 NIEVA FENOLL, Jordi: Derecho Procesal II: Proceso civil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 337-338. La mayor relevancia que se da a la custodia de la norma mediante el recurso de casación no es solo propia de los círculos doctrinales, sino que también se ha extendido a los magistrados de los tribunales supremos. Así, en consonancia con la nueva configuración que se le ha querido dar al recurso, se ha dicho que la función nomofiláctica “impide atender a situaciones concretas, particulares o patológicas, debiendo —por el contrario— considerarse situaciones generales y aplicables a un gran número de sujetos” (Auto del Tribunal Supremo 909/2019, de 8 de enero de 2019, FJ 3.º).

es más bien la disolución de estos dos rostros de la casación, porque uno no puede operar sin el otro. El equilibrio entre ambas funciones es el verdadero reto de la construcción del mecano jurídico.

2. Antecedentes y razones para una reforma del sistema casacional

El aumento del número de litigios en todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el contencioso-administrativo, lleva aparejada la acumulación de los recursos de casación y, en consecuencia, una dilación a veces excesiva en su sustanciación⁶. En este contexto, el legislador ha ido introduciendo requisitos especiales de admisibilidad del recurso, que no solo no lograron solucionar el problema, sino que, peor aún, han terminado deformando por completo la función de la casación, como se verá⁷.

En este sentido, con anterioridad al año 2015, solo podían acceder al recurso de casación las sentencias dictadas en instancia única por la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, excluyendo así las sentencias dictadas en apelación ante estos órganos y, por supuesto, las emanadas de los Juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo. Junto a este requisito de procedencia, se instauró un mecanismo sustantivo, o un “factor de

6 La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tenía antes de la reforma la siguiente carga de trabajo:

Año	Ingresados	Resueltos	Pendientes	Tiempo medio de respuesta (meses)
2013	5.045	6.583	6.475	15,5
2014	5.475	5.872	6.465	14,7
2015	8.803	5.947	9.381	13,8

Fuente: Elaboración propia a partir de las “Estadísticas del Consejo General del Poder Judicial sobre la eficiencia del Tribunal Supremo” (Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Estadisticas-/>).

7 El Tribunal Constitucional ha considerado que estas limitaciones no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva. Nuestro exégeta constitucional tuvo la oportunidad de señalar que “[e]l sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal [...] El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador”. Cfr. STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5º.

corrección”, en palabras del Alto Tribunal⁸, en función de la cuantía de la pretensión, progresivamente en aumento, que pretendía hacerse valer a través del recurso de casación. Estos especiales y objetivos requisitos de procedencia y admisibilidad del recurso diseñados por el legislador procesal buscaban, sin éxito, blindar al Tribunal Supremo de una posible avalancha de recursos que le impidiera resolverlos con todas las exigencias del debido proceso y, en particular, aquellas relativas a los plazos razonables y la prohibición de las dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)⁹.

En la búsqueda de soluciones a los problemas planteados, la Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, creada en el seno de la Comisión General de Codificación para abordar, entre otros, los problemas relativos al acceso de asuntos y la casación en este orden, presentó en 2013 su “Informe explicativo y propuesta de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En este exhaustivo estudio, se puso de manifiesto que “el recurso de casación, en la suma de sus modalidades, no es —en la actualidad— un instrumento procesal idóneo para la formación de jurisprudencia», y ello porque, por un lado, “son muchas las materias o asuntos que —fundamentalmente por las reglas de cuantía— no tienen acceso a la casación”, y, por otro, porque el recurso «no está primariamente dirigido a la creación de jurisprudencia, sino a la tutela de intereses, derechos o competencias (por lo demás, de alto nivel económico)” (página 63 del Informe). Dada la ineficiencia del modelo, y atendiendo a la legislación comparada y a otros antecedentes más remotos de sugerencias de mejora¹⁰, la Sección Especial desarrolló una proposición normativa consistente, entre otros aspectos, en suprimir la delimitación objetiva de las sentencias recurribles, simplificar la tipología de los recursos, convertir el interés casacional en el nervio central del

8 Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010.

9 Sobre las garantías constitucionales dimanantes del derecho fundamental al recurso, véanse PICÓ I JUNOY, Joan: Las garantías constitucionales del proceso (2.^a ed.). Bosch, Barcelona, 2012, esp. pp. 97 y ss.; y LETELIER LOYOLA, Enrique: El derecho fundamental al recurso en el proceso penal. Atelier, Barcelona, 2013. esp. pp. 139 y ss.

10 Nos referimos aquí a la “Exposición razonada, relativa al proyecto de Ley Orgánica que modifica la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa y reforma el recurso de casación”, suscrita en 2006 por veintinueve Magistrados entonces integrantes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En ella, se propuso como remedio “el uso del interés casacional como razón única para que la Sala Tercera de dicho Tribunal conozca de las impugnaciones de sentencias pronunciadas por cualquier órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, cuya definición o concreción puede reservarse al legislador o ser encomendada al propio Tribunal como en otros sistemas judiciales de comprobada eficacia y prestigio” (pp. 3-4 de la Propuesta).

nuevo sistema de admisión e introducir la mediación administrativa como posible instrumento de evitación de litigios¹¹. Gran parte de las propuestas, como se verá, fueron tomadas en cuenta con ocasión de la reforma de 2015.

III. ORIENTACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DE LA CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como se ha venido sosteniendo, el nuevo modelo casacional, que recuerda en parte al sistema del *writ of certiorari* del Tribunal Supremo estadounidense¹² o a la objetivación del recurso de amparo constitucional que trajo la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo¹³, pretende descongestionar al Tribunal Supremo de los asuntos que debe conocer. Con independencia de la función de la casación a la que se quiera poner el acento, el anterior sistema no era eficiente: primero, porque contábamos con un recurso destinado a la resolución de litigios de muy elevada cuantía, de los cuales muchos carecían de interés para la sociedad por versar sobre normas reiteradamente interpretadas por el Tribunal; segundo, porque la exigencia de unanimidad y de motivación en la resolución de inadmisión de un recurso con pocos visos de prosperar exigía un esfuerzo con frecuencia superior al de su propia desestimación; y tercero, porque asuntos verdaderamente relevantes para la comunidad jurídica no podían acceder a la casación por no alcanzar la cuantía mínima exigida o por quedar fuera de su ámbito objetivo.

11 Sobre este último aspecto, que la Sección propone para futuras reformas y cuya amplitud desborda las ambiciones perseguidas en este trabajo, véase MARTÍN DIZ, Fernando: Mediación en el ámbito contencioso-administrativo. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

12 Sobre las similitudes entre ambos sistemas, véase PÉREZ ALONSO, Jorge: “El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense”. En: Diario La Ley, núm. 8621 Sección Doctrina, de 8 de octubre de 2015. Conviene señalar que la mayoría de los países que cuentan con un sistema casacional cercano al español han venido legislando para aliviar la carga jurisdiccional de sus respectivos tribunales de casación. Así, por ejemplo, en Alemania se exige desde el año 2001 que el recurso de revisión presentado ante el Bundesgerichtshof se fundamente en interés de la ley con el fin de lograr la unidad de la doctrina jurisprudencial.

13 La referida Ley introdujo la figura, algo desconcertante, de la “especial relevancia constitucional” en el trámite de admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de manera que la sustanciación del recurso solo tiene cabida cuando el proceso suscite cuestiones que contengan oscuridades de difícil resolución o necesitadas de revisión sobre el ámbito y significado de los derechos fundamentales, cuando posea un interés que trascienda del estricto ámbito de las partes o cuando permita sentar pautas interpretativas nuevas para la protección y delimitación de los derechos fundamentales.

Con el propósito de corregir estas ineficiencias, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su disposición final tercera una importante modificación de la Sección 3.^a del Capítulo III del Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA, en lo sucesivo) en torno al sistema casacional en este orden jurisdiccional.

Además de la introducción del interés casacional objetivo que, por su importancia, merece atención aparte, esta reforma está gobernada por una serie de vectores que, en conjunto, vienen a reforzar la función del recurso de asegurar la unidad en la interpretación y aplicación del Derecho y que pasamos a comentar seguidamente¹⁴.

1. La unificación de las modalidades de recursos.

La primera de las direcciones que ha tomado la mencionada reforma es la supresión de los motivos extraordinarios del recurso de casación en

14 Son inabarcables los trabajos que han puesto de relieve esta dirección. Véanse, a título ejemplificativo y al margen de los demás estudios oportunamente citados, RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”. En: Revista Vasca de Administración Pública, núm. 104, 2016, quien considera que la Ley viene a otorgar a la Sala Tercera del Tribunal Supremo “un poder total sobre su trabajo para que pueda encontrar su papel como tribunal de casación para la formación y uniformidad de la jurisprudencia”. p. 176). También MAYOR GÓMEZ, Roberto: “Compendio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. En: Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 7, septiembre de 2016; RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: “Las diez claves de los nuevos recursos de casación contencioso-administrativos”. En: Diario La Ley, núm. 8809, 22 de julio de 2016; RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: La reforma del recurso de casación contencioso-administrativa. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo: El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo. Bosch, Barcelona, 2015; HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín: “La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)”. En: Revista General de Derecho Constitucional, núm. 24, 2017; CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl César: El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo. Aranzadi, Cizur Menor, 2015; SOLDEVILA FRAGOSO, Santiago: “Las paradojas de la nueva casación”. En: Actualidad administrativa, núm. 10, 2016; TRIANA REYES, Belén (2016): “La que se nos viene encima con la casación contencioso-administrativa”. En: Diario La Ley, núm. 8733, Sección Tribuna, 4 de abril de 2016; PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”. En: Revista de Jurisprudencia, núm. 1, octubre de 2015, entre otros modos.

interés de ley y para la unificación de doctrina. Se mantiene así únicamente el recurso de casación, para cuya resolución será competente el Tribunal Supremo, que podrá interponerse por cualquier «concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia» (art. 88.1 LJCA).

Aunque se mantiene el recurso limitado a la cognición de “cuestiones de Derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho” (art. 87 bis), en la resolución de la controversia, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia “aquellos que, habiendo sido omitidos por esta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder” (art. 93.3)¹⁵.

2. Una pingüe ampliación de las resoluciones recurribles en casación

Como ya se ha tenido ocasión de indicar, el nuevo modelo suprime la estricta delimitación objetiva de las sentencias recurribles que regía antes, de manera que potencialmente podrán serlo todas¹⁶.

En particular, además de las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, se podrá interponer recurso de casación contra las sentencias para las que no proceda recurso de apelación —las dictadas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo o por los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo en única instancia, siempre que contengan «doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles

15 Sobre este particular, véase BETANCOR, Andrés: *La revisión casacional de la prueba en el contencioso-administrativo*. Civitas, Madrid, 2012, que nota los problemas que, para la efectividad de la tutela judicial, pueden derivarse del hecho de que la revisión de la valoración de la prueba, incluso tasada, “no tiene lugar en la práctica, dando lugar a una material prohibición de la revisión”. p. 65.

16 Se excluye expresamente las sentencias cuyo objeto sean el derecho fundamental de reunión y aquellas que versen sobre Derecho electoral, ya que gozan de un cauce procesal específico (art. 86.2 LJCA). Específicamente ha trabajado sobre esta ampliación y las dudas que puede suscitar, CANCER MINCHOT, Pilar: “La nueva casación contenciosa: dudas interpretativas que suscitan las sentencias y autos susceptibles de recurso”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 917, 2016. p. 19. De la misma autora, “La nueva casación contenciosa- administrativa: sentencias y autos recurribles. El interés casacional objetivo”. En: *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016. pp. 41-62.

de extensión de efectos» (art. 86.1 LJCA)— y contra las sentencias dictadas por las Salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia al resolver recursos de apelación contra las sentencias emanadas de los juzgados de este orden jurisdiccional¹⁷.

Como ocurría con anterioridad a la reforma, cuando se recurran en casación las sentencias dictadas por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunal Superiores de Justicia, será necesario invocar una «infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora» (art. 86.3 LJCA). Si el recurso se funda en una infracción de normas autonómicas, seguirá siendo competente una Sección de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia compuesta por el presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás Salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros (art. 86.3 in fine)¹⁸.

Así, admitiéndose potencialmente el recurso contra cualesquiera sentencias dictadas en única o segunda instancia, es apreciable la ampliación horizontal de la casación, que asegura que cualquier asunto que pueda revestir interés para la ciudadanía pueda ser objeto de una interpretación uniforme por parte del Tribunal Supremo.

Anteriores reformas legislativas, como las operadas con motivo de la aprobación de la LJCA y de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, apostaron por aumentar la cuantía como requisito objetivo para acceder a la casación¹⁹. Aunque se tratara de un criterio cierto para el control de la admisibilidad del recurso, no constituía una solución real y efectiva frente a la elevada litigiosidad en sede casacional y, además, conducía a una completa desnaturalización del recurso, ya que la

17 La reforma no introduce modificaciones respecto a la situación anterior en lo que se refiere a los Autos (art. 87 LJCA). No obstante, la nueva redacción sigue exigiendo la interposición del «recurso de súplica», sustituido en el año 2009 por el recurso de reposición, lo que prueba, una vez más, la deficiente técnica legislativa.

18 Sobre este último caso, véase CUDERO BLAS, Jesús: «El recurso de casación por infracción de normas autonómicas». En: *Revista de Jurisprudencia*, 1 de julio de 2016.

19 La primera norma mencionada elevó la cuantía de 36.000 euros a 150.000; la segunda, a 600.000 euros.

cuantía debatida en un litigio —al igual que la procedencia de la resolución impugnada— poco o nada dice sobre la trascendencia social de su objeto. Por ello, aunque la ampliación no está exenta de opiniones en diverso sentido y ha venido acompañada de refinadas propuestas de mejora²⁰, la doctrina ha valorado positivamente esta supresión de las anteriores limitaciones del acceso a la casación, que coadyuva al correcto despliegue de su función protectora del ordenamiento.

3. Una adaptación imperiosa de las formas

El apartado tercero del art. 87 bis LJCA, en línea con el rigorismo formal con que se pretende dotar al recurso, introduce la novedad de que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo pueda determinar mediante acuerdo, que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras cuestiones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación. No obstante, los motivos que justifican el establecimiento de normas e instrucciones formales para tales escritos sirven también, siquiera a modo de recomendación, respecto de todos los escritos que se puedan presentar durante la tramitación del recurso, como es el escrito de preparación sobre el que se profundizará más adelante²¹.

En este sentido, se ha venido a aprobar el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión

20 Considera MESTRE DELGADO, Juan Francisco: “La configuración del recurso de casación en torno al interés casacional”. En BAÑO LEÓN, José María (coord.): Memorial para la Reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado (t. I). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, que la elección del legislador “debería haberse basado en un análisis o en una ponderación más detallada de las resoluciones susceptibles de ser recurridas” y que “podría haber sido adecuado permitir la impugnación de cualquier auto o sentencia, de forma que sea el Tribunal el que determine en cada caso, atendiendo a su singularidad, si existe o no interés casacional objetivo con la finalidad de formal jurisprudencia para la protección de las normas”: p. 1023.

21 Con todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 19 de diciembre de 1997, en el asunto Brualla Gómez de la Torre c. España, tiene dicho que, para la aplicación del art. 6 del Convenio [derecho a un proceso equitativo], hay que tener en cuenta “el conjunto del proceso presentado ante el orden jurídico y el papel que ha desempeñado la jurisdicción suprema, así como las condiciones de admisión del recurso pudiendo ser más rigurosas [para la casación] que para una apelación” y que, dado el específico papel que desempeña el Tribunal Supremo como autoridad jurídica más alta del sistema judicial, se puede admitir “que se observe un mayor formalismo en el procedimiento que se presenta ante este”. párrs. 37-38.

máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, donde se han fijado cuestiones tan prolijas como la extensión máxima de los escritos, el tipo de fuente, el interlineado, los márgenes o la sangría²².

La posibilidad de fijar de forma minuciosa las características formales del escrito constituye una novedad el ordenamiento español, derivada de una previsible complejidad técnica en aumento de los escritos y de la observación a las experiencias de otros tribunales de nuestro entorno. En este sentido, son varios los órganos jurisdiccionales que disponen de normas que regulan, de forma muy detallada, la extensión máxima, el formato y estructura de los escritos que se presentan ante ellos, así como las consecuencias que se pueden derivar de su incumplimiento²³.

La justificación que se ha dado a este mayor rigor formal es doble: por un lado, facilitar la lectura y análisis de los escritos relativos a la tramitación del recurso por parte del órgano sentenciador y del Tribunal Supremo; por otro, establecer una estructura y un formato uniformes que pueda simplificar el procedimiento presentación telemática y posterior tratamiento digital, permitiendo una rápida localización del propósito del escrito y de los datos de identificación de los recurrentes, en línea con la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la

22 La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 19 de mayo de 2016, acordó hacer público el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en su reunión de 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de Casación ante la Sala Tercera de este Tribunal (Boletín Oficial del Estado, núm. 162, de 6 de julio de 2016. pp. 47539-47543).

23 Así, por ejemplo, los respectivos Reglamentos de Procedimiento del Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea regulan de forma pormenorizada las indicaciones que deben contener los escritos que se presenten ante ellos, su extensión máxima, su numeración, formato, tipo de letra, forma de identificación de anexos adjuntos, etc. De igual modo, el artículo 47 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fija las condiciones formales para recurrir ante ese tribunal, exigiendo que toda demanda se presente en un formulario facilitado por la Secretaría del Tribunal, al que se le puede adjuntar un documento con una extensión máxima, formato, tipo de letra y márgenes determinados. También las Reglas de la Corte Suprema de Estados Unidos contienen un minucioso régimen de presentación de los escritos procesales, referidos al tamaño y color del papel, tipo de fuente, forma de citar las disposiciones y la jurisprudencia y una severa limitación del número de palabras que se pueden utilizar en relación con cada tipo de escrito. El incumplimiento de estas reglas conlleva automáticamente la inadmisión de las peticiones o alegaciones.

información y la comunicación en la Administración de Justicia²⁴. Téngase en cuenta, no obstante, que estos argumentos deben ser colegidos con la doctrina constitucional que, sobre la base del principio *pro actione*, proscribire las decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, relevan una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses de las partes que se sacrifican²⁵.

IV. EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO: UNA CÓMODA CORAZA PARA LA INADMISIÓN DE RECURSOS

El núcleo de la reforma objeto de nuestro análisis es la figura del «interés casacional objetivo» como presupuesto de admisión del recurso de casación²⁶. Aunque el concepto no es del todo nuevo y tiene una clara inspiración en la casación civil²⁷, en el orden contencioso-administrativo

-
- 24 El artículo 36.4 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, establece que «todo escrito iniciador del procedimiento deberá ir acompañado de un formulario normalizado debidamente cumplimentado en los términos que se establezcan reglamentariamente», y su artículo 38.1 dispone que «la presentación de toda clase de escritos, documentos, dictámenes, informes u otros medios o instrumentos se ajustará a lo dispuesto en las leyes procesales, debiendo ir acompañados en todo caso del formulario normalizado a que se refiere el apartado 4 del art. 36, en el que además se consignará el tipo y número de expediente y año al que se refiera el escrito».
- 25 El Tribunal Constitucional ha rechazado la interpretación rigorista de las normas procesales que resulte irrazonable o manifiestamente desproporcionada con la finalidad para la que se han establecido. Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 121/2019, de 28 de octubre (FJ 3.º); 91/2016, de 9 de mayo (FFJJ 3.º y 5.º); 149/2015, de 6 de julio (FJ 3.º); 39/2010, de 19 de julio (FJ 3.º); 105/2006, de 3 abril (FJ 3.º). El Tribunal Supremo ha estimado en varias ocasiones el recurso de queja presentado por los recurrentes en este sentido. Así, en los Autos 5973/2017, de 12 de junio; 6869/2017, de 4 de julio; o 10653/2017, de 13 de noviembre.
- 26 MUÑOZ ARANGUREN, Antonio: “La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo”. En: Diario La Ley, núm. 8634, de 28 de octubre de 2015, considera que con el adjetivo «objetivo» se ha querido enfatizar el carácter nomofílicto de la casación por oposición al *ius litigatoris* del que ya se ha hablado, si bien quizá tal adjetivo no sea el más adecuado.
- 27 Según el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Se considerará que un recurso presenta interés casacional «cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido». En el orden civil, también resulta ilustrativo el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011. pp. 13-17.

presenta una serie de peculiaridades sobre las que merece la pena detenerse. En última instancia, el interés casacional está dirigido a la «formación de jurisprudencia», entendida esta como la creación de doctrina jurisprudencial en materias donde no existía o la consolidación o modificación de la ya sentada.

Así, el art. 88 de la reformada LJCA recoge una serie de supuestos en que el Tribunal Supremo podrá admitir el recurso de casación, con lo que se sustituye el anterior sistema de admisión reglado por otro potestativo en el que el Tribunal deberá a apreciar la concurrencia, o no, del interés casacional objetivo del recurso.

Téngase en cuenta que ninguna de las situaciones contempladas en este artículo, incluidas aquellas para las se presume la existencia de interés casacional, determina por sí misma la admisión del recurso. El precepto está sin duda construido con el propósito de conceder al Tribunal Supremo un amplio margen de discrecionalidad, aunque no absoluto, a la hora de decidir qué asuntos merecen ser conocidos y resueltos por él. Más que motivos tasados de admisión del recurso, nos encontramos ante una numeración de carácter enunciativo y no exhaustivo en la propia norma que permite a los recurrentes fundamentar su pretensión en ciertos supuestos arquetípicos²⁸. Al análisis de los mismos dedicaremos las próximas líneas.

1. Legislar a golpe de ejemplario: el artículo 88.2 LJCA

El apartado segundo del art. 88 LJCA relaciona una serie de supuestos en los que el Tribunal Supremo «podrá» apreciar que la cuestión suscitada en el recurso presenta interés casacional objetivo. Se trata, como ya se ha señalado, de una lista abierta («entre otras circunstancias», como dice el precepto), de forma que la parte recurrente pueda invocar otras circunstancias no contempladas en ella siempre que haga una cuidada y rigurosa justificación del interés casacional que esgrime²⁹.

28 A este respecto, se ha señalado con razón la «innegable antinomia» jurídica entre el art. 88 y el art. 89.2.f) LJCA. Este último obliga especialmente a los recurrentes a alegar alguna de las causas genéricas mencionadas en la disposición anterior para acceder a la casación. Cfr. Muñoz Aranguren, cit, p. 4.

29 Como señalan, entre otros muchos, los Autos del Tribunal Supremo 7286/2018, de 18 de junio (FJ 3.º); 3503/2018, de 2 de abril (FJ 2.º); 2189/2017, de 15 de marzo (FJ 2.º): “El carácter abierto de la enumeración de circunstancias que permiten apreciar la presencia de interés casacional objetivo para la formación jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.2 LJCA, conduce a entender que a este Tribunal Supremo puede reputar existente el interés casacional objetivo del recurso preparado con

a. La contradicción entre criterios interpretativos.

El primer y más frecuente supuesto de interés casacional, contemplado en el art. 88.2.a) LJCA, se refiere a la sentencia impugnada que “fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido”.

El precepto viene a sustituir la anterior y desafortunada regulación del recurso de casación para la unificación de doctrina, para el que, sin embargo, se exigía una rigurosa identidad de hechos que había terminado por reducirlo a la inutilidad³⁰. Cabe ahora la acreditación de diferencias o contradicciones entre las resoluciones objeto de contraste, siempre que presenten una similitud sustancial con respecto a las normas aplicadas y a la realidad sobre la que estas se proyectan³¹. Para cumplir esta carga procesal, no bastará con afirmar que existe una contradicción, sino que: “[A la parte recurrente] le es exigible razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante un problema coincidente de interpretación del ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia impugnada ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste”³².

En suma, la invocación de este motivo exige argumentar de forma circunstanciada por qué la cuestión litigiosa examinada en la sentencia impugnada recibe una solución distinta a la resolución de contraste, que

sustento en otras circunstancias distintas, no contempladas en ese artículo 88.2 LJCA, ni tampoco incluidas en el artículo 88.3 LJCA, y, por ende, que el recurrente también podrá invocarlas para justificar el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado. La excepcionalidad de la invocación de estas otras circunstancias de interés casacional en la configuración legal del recurso de casación [...] exige del recurrente que en el escrito de preparación justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada”.

30 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88”. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 207, 2018. p. 48.

31 Véanse, como los más recientes, Autos del Tribunal Supremo 5831/2020, de 23 de julio (FJ 2.º); 5816/2020, de 17 de julio (FJ 3.º); 5811/2020, de 15 de julio (FJ 1.º); 3113/2020, de 21 de mayo (FJ 1.º), entre muchos otros. El Auto 190/2019, de 17 de enero, completa lo anterior al expresar que «aun cuando tal identidad no es del grado antaño exigido para el extinto recurso de casación para la unificación de doctrina, no significa que la identidad sustancial exigible se diluya hasta extremos de admitir una mera relación indirecta o puramente teórica» (FJ 2.º).

32 Auto del Tribunal Supremo 720/2017, de 7 de febrero (FJ 3.º).

no tendrá que ser firme³³. El razonamiento deberá estar, en todo caso, circunscrito a las pautas hermenéuticas divergentes que se han seguido en cada resolución, sin que quepa extender el contraste a cuestiones distintas³⁴.

b. Daño grave a los intereses generales o afectación a un gran número de situaciones.

El art. 88.2.b) LJCA configura el supuesto de interés casacional consistente en que la resolución impugnada sienta una doctrina sobre las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea “que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales”. Por su parte, la letra c) hace lo propio respecto de la sentencia que “afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso”.

El concepto de grave daño al interés general es altamente indeterminado y justifica las matizaciones que sobre él ha ido introduciendo el Tribunal Supremo al resolver los sucesivos asuntos. En estos casos, el interés casacional viene dado cuando la doctrina se reputa lesiva para los intereses generales, con independencia de la cuantía debatida en el proceso³⁵ o de que provoque una reducción de los ingresos en las arcas públicas³⁶. Con todo, la parte recurrente deberá expresar las razones por las que considera dañosa

33 Señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago José: Tratado de Derecho Administrativo (3.ª ed.) (t. II). Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 973, que las sentencias de contraste deberán ser firmes, porque esa era la postura que se siguió en los primeros autos tras la entrada en vigor del nuevo sistema casacional. Sin embargo, la Sala Tercera ya admite el contraste con resoluciones no dotadas aún de firmeza.

34 Auto del Tribunal Supremo 7295/2018, de 25 de junio (FJ 1.º): “No basta, por lo tanto, con invocar supuestos sustancialmente iguales y que se haya llegado a pronunciamientos distintos o contrarios, sino que es preciso justificar que tal resultado contradictorio se ha producido precisamente como consecuencia de una distinta interpretación de la norma y no por otras causas como la valoración de la prueba, o circunstancias fácticas que, aun aplicando el mismo criterio jurídico doctrinal, determinen un fallo distinto. Es preciso, por lo tanto, justificar, que ante supuestos sustancialmente iguales el criterio jurídico doctrinal seguido resulta contradictorio sin que baste con referir un resultado o pronunciamiento distinto en el fallo”.

35 Como expresa el Auto del Tribunal Supremo 274/2017, de 25 de enero (FJ 2.º): “[E]l interés casacional viene dado cuando la doctrina sentada, que no la cuantía debatida, es gravemente dañosa para los intereses generales”.

36 Así en el Auto del Tribunal Supremo 2759/2017, de 5 de abril (FJ 2.º): “[L]a afirmación, sin más, de que una determinada doctrina provoca una reducción de los ingresos fiscales del Estado no lleva como consecuencia automática que sea gravemente dañosa para el interés general, pues, desde la perspectiva fiscal, este último no consiste en obtener una mayor recaudación (mero “interés recaudatorio”), sino en obtener la recaudación que derive de la realización de un sistema tributario justo, mediante la puesta en práctica

la doctrina en cuestión, relacionándola con la realidad afectada por ella y sin que sean suficientes afirmaciones genéricas e imprecisas en tal sentido.

Por su parte, la afección a un gran número de situaciones habrá de contemplarse a la luz de la virtualidad expansiva de la doctrina que se combate en casación³⁷, y deberá ser acreditada por la parte recurrente mediante un análisis que exteriorice la previsible influencia de tal doctrina en muchos supuestos, sin que sean suficientes las afirmaciones abstractas y genéricas que supongan sin más dicha afección o que la deriven de la interpretación de las normas jurídicas que, por su naturaleza intrínsecas, son aplicables a un número indeterminado de situaciones³⁸.

c. La validez de las normas.

Dispone el art. 88.2.d) LJCA que el Tribunal Supremo podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando la resolución que se impugna “resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida”. Para ello, deberá tenerse en cuenta si existió un debate en la instancia sobre la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si había dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma concernida y si la resolución impugnada no dio respuesta alguna a la petición de planteamiento de dicha cuestión ante el Tribunal Constitucional³⁹. Por su parte, la letra g) se refiere a los casos en que la resolución atacada «resuelva

de los principios que proclama el artículo 31 de la Constitución Española (verdadero “interés general”)). Esta doctrina ha sido recogida también en los Autos 4789/2020, de 30 de junio; 9295/2019, de 26 de septiembre; y 2765/2017, de 5 de abril.

- 37 Como se expone en el Auto 715/2017, de 1 de febrero, “[p]ara apreciar la presencia de esta circunstancia de interés casacional se debe atender de forma prioritaria a la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la sentencia recurrida, que en el caso de autos ni resulta diáfana ni se concreta, más allá de los cuarenta y ocho recursos presentados por la misma entidad recurrente -según informa- y del nítido interés subjetivo de esta que su existencia pone de manifiesto”. En el mismo sentido, Autos 2583/2019, de 7 de marzo (FJ 1.º); 168/2019, de 16 de enero (FJ 2.º); 11219/2018, de 24 de octubre (FJ 4.º); 9014/2018, de 12 de septiembre (FJ 6.º).
- 38 Entre otros, Autos del Tribunal Supremo 3189/2020, de 28 de mayo (FJ 4.º); 11113/2019, de 24 de octubre (FJ 2.º); 7011/2018, de 25 de junio (FJ 4.º); y 1802/2017, de 8 de marzo (FJ 2.º)
- 39 El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre estas consideraciones en los recientes Autos 4420/2020, de 11 de junio; 3452/2020, de 4 de junio; y 688/2020, de 27 de enero.

un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general»⁴⁰. Ambos supuestos se refieren, pues, a procesos en que lo controvertido es la validez de una norma legal o reglamentaria, respectivamente.

d. La defensa de la doctrina jurisprudencial constitucional y europea.

La Ley Jurisdiccional hace descansar sobre el Tribunal Supremo la correcta aplicación e interpretación de la jurisprudencia constitucional y europea, permitiéndole apreciar concurrente el interés casacional cuando la sentencia impugnada interprete y aplique una doctrina constitucional “aparentemente con error y como fundamento de su decisión” (art. 88.2.e) o el Derecho de la Unión Europea “en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos que aun pueda ser exigible la intervención de este a título prejudicial” (art. 88.2.f).

En ambos casos, no basta con la manifestación de que existe una discrepancia jurídica o la mera referencia a las resoluciones contradictorias con el fallo de la sentencia que se impugna en casación, sino que el recurrente deberá argumentar por qué se trata de supuestos iguales y en qué forma se ha adoptado un criterio diferente, esto es, deberá argumentar de qué manera la resolución que se impugna ha interpretado aquellas doctrinas jurisprudenciales con error o en contradicción aparente⁴¹.

40 Es necesario precisar que la relación que existe entre el art. 88.2.g) y 88.3.c) LJCA es, según el Tribunal Supremo, una relación de “especificidad”, en el sentido de que el segundo es más específico que el primero. Así, entre otros, en los Autos del Tribunal Supremo 1783/2020, de 25 de febrero (FJ 2.º); 12316/2017, de 15 de octubre (FJ 2.º).

41 En el primer caso, la parte recurrente deberá cumplir “los requisitos contenidos en el citado artículo 88.2.e), a saber: i) qué interpretación o aplicación de la doctrina constitucional ha realizado a juicio del recurrente el órgano jurisdiccional a quo; ii) qué razón conduce a pensar que la doctrina constitucional se ha aplicado por error; y iii) cómo se verifica que todo ello ha constituido el fundamento de la decisión alcanzada (entre otros, Auto del Tribunal Supremo 10680/2018, de 1 de octubre, FJ 1.º). En cuanto a la letra f) del referido artículo, quien sostiene su concurrencia «bajo la tesis de que se ha contradicho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe: i) identificar con suficiente precisión las resoluciones del TJUE que, según se afirma, interpretan el Derecho de la Unión Europea de forma contradictoria con la interpretación seguida en la resolución judicial que se impugna; ii) exponer el objeto o contenido de esas resoluciones sometidas a contraste y explicar en qué medida son, como se afirma, contradictorias; iii) razonar la incidencia de la divergencia interpretativa del Derecho europeo así puesta de manifiesto sobre el sentido del “fallo” de la resolución judicial combatida en casación; y iv), en definitiva, fundamentar la pertinencia de esa

e. Las resoluciones relativas a convenios interadministrativos.

¡El art. 88.2.h! LJCA también establece como posible manifestación de interés casacional cuando la sentencia atacada “resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones Públicas”⁴².

La inclusión de esta circunstancia únicamente puede justificarse en el intento de proteger el adecuado funcionamiento del principio de cooperación interadministrativa⁴³, pues el contenido de tales acuerdos puede ser enormemente variado y, en la mayoría de los casos, es dudoso que pueda tener relevancia desde el punto de vista social y jurídico para la formación de jurisprudencia; cuestión esta que habrá de ser ponderada en cada caso por la Sección de admisiones. Por otro lado, aunque el artículo se refiera únicamente a la impugnación de convenios, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de extender su alcance también a los casos de la aplicación y ejecución de los acuerdos para cuya resolución se requiere la interpretación y cotejo del contenido de su contenido⁴⁴.

f. Las resoluciones relativas al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

El último supuesto que relaciona el art. 88.2 LJCA es el referido a la resolución impugnada “que haya sido dictada en el procedimiento especial

comparación entre la resolución judicial combatida en casación y la del TJUE que supuestamente la contradice” (entre otros, Auto del Tribunal Supremo 2123/2019, de 1 de marzo, FJ 4.º).

42 Para comprender la noción, tipología y funcionamiento de estos convenios, es necesario acudir a los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

43 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco; YAÑEZ DÍAZ, Carlos; VIZÁN PALOMINO, María: El recurso de casación contencioso-administrativo conforme a la Ley Orgánica 7/2015. Comares, Granada, 2016. p. 141.

44 En este sentido, Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2019 (FJ 3.º): “Es cierto que en el presente recurso de casación no se suscita directamente una cuestión relativa a los términos del citado convenio y su interpretación, pero también lo es que la eventual calificación como actos de ejecución del Convenio de los acuerdos para los que se solicita la ampliación de medidas cautelares, sí requiere de su interpretación y de su cotejo con el contenido del citado Convenio Marco. No se puede excluir, por tanto, que el ámbito del supuesto de interés casacional objetivo previsto en el artículo 88.2.h) LJCA pueda proyectarse, en un caso como el ahora analizado, sobre todas aquellas actuaciones que se produzcan en relación con el Convenio impugnado y sus efectos”.

de protección de derechos fundamentales”, destinado a tutelar los derechos fundamentales frente a las actuaciones sujetas al Derecho administrativo.

No existen dudas sobre la importancia de estos derechos, no solo para el ciudadano, sino también para la construcción de una jurisprudencia que aspire a integrar y depurar el ordenamiento con vocación de permanencia⁴⁵. El presupuesto jurídico para que opere este apartado no es la vulneración de derechos fundamentales en sí misma, sino la tramitación del proceso de instancia por el cauce especial que regulan los arts. 114 a 122 ter LJCA⁴⁶. Nótese, por lo demás, que el hecho de que la sentencia impugnada haya recaído en este tipo de procesos de amparo ordinario constituye un indicio, dotado de especial fuerza por cuanto los órganos jurisdiccionales del orden administrativo son los jueces ordinarios de tutela de los derechos fundamentales⁴⁷, pero no implica la admisión automática del recurso, ya que pesa sobre los recurrentes la carga de justificar este extremo mediante una referencia circunstanciada al caso controvertido y al concreto derecho fundamental afectado⁴⁸.

2. Las presunciones del artículo 88.3 LJCA

A fin de evitar o, al menos, dificultar la elección absolutamente libérrima de los asuntos que merecen ser atendidos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el legislador procesal ha introducido, en el apartado tercero del art. 88 LJCA, una lista cerrada de supuestos para los que se presume el interés objetivo para la formación de jurisprudencia: a) cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la

45 No obstante, se han planteado dudas sobre la verdadera utilidad de la inclusión de esta letra i) en SANTAMARÍA PASTOR, cit., pp. 54-55: “Conferir interés casacional a las sentencias en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, por otra parte, tampoco se me antoja razonable. Para empezar, dejemos a un lado el hecho de que la mayor parte de los conflictos que utilizan esta vía procesal, en la actualidad, son de una relevancia general bastante escasa [...] T]ambién, que la interpretación de los preceptos constitucionales ha sido ya exhaustivamente hecha por el diluvio de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional hasta el cierre del recurso de amparo, por lo que raramente concurrirá la conveniencia de que el Tribunal Supremo se pronuncie en casación sobre alguno de ellos”.

46 Auto del Tribunal Supremo 8138/2019, de 15 de julio (FJ 3.º).

47 Auto del Tribunal Supremo 3460/2019, de 18 de marzo (FJ 2.º).

48 Véanse, entre los más recientes, los Autos del Tribunal Supremo 5162/2020, de 3 de julio (FJ 1.º); 5053/2019, de 30 de abril (FJ 1.º); y 3673/2018, de 9 de abril (FJ 2.º).

razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia⁴⁹; b) cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea⁵⁰; c) cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente⁵¹; d) cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional; e) cuando resuelva recursos

49 El Auto del Tribunal Supremo 10011/2017, de 30 de octubre, se pronuncia en este sentido: “[N]o basta para que concurra la presunción con razonar que sobre el particular supuesto examinado en la resolución recurrida no existe jurisprudencia, porque la formación de jurisprudencia obedece necesariamente a parámetros más generales y a la interpretación de las normas jurídicas para su común aplicación. De ahí la necesidad de justificar siempre en el escrito de preparación la conveniencia de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la cuestión planteada. La invocación retórica de un precepto y la mera afirmación de que sobre el mismo no existe jurisprudencia resulta, pues, totalmente insuficiente para integrar el contenido de esta presunción legal de interés casacional objetivo” (FJ 2.º).

50 La jurisprudencia ha venido exigiendo que la invocación de esta presunción exige “justificar que se ha producido un apartamiento de la jurisprudencia “deliberado”, esto es, expreso, consciente y reflexivo. Y es que para una adecuada invocación de esta presunción de interés casacional no basta con denunciar una mera inaplicación de la jurisprudencia por el órgano de instancia, sino que la parte recurrente ha de justificar en el escrito de preparación lo que el apartado 3.b) exige, a saber: que el órgano judicial de instancia, en su resolución, (i) hizo mención expresa de la jurisprudencia, (ii) señaló que la conocía y la valoró jurídicamente, y (iii) se apartó expresamente de ella por entender que no es correcta” (Auto del Tribunal Supremo 11313/2019, de 31 de octubre, FJ 1.º, entre otros).

51 Esta presunción viene a proteger, con buen criterio, una interpretación uniforme de las disposiciones de carácter general, pero introduce una salvedad (“con toda evidencia”) que necesita ser matizada. El Auto del Tribunal Supremo 3001/2017, de 8 de marzo señala que “el precepto exige que la disposición anulada cuente, con toda evidencia, con trascendencia suficiente. Lo que no cabe predicar de una ordenanza fiscal como la declarada nula en la instancia, relativa a la tasa por ocupación del dominio público en un municipio que cuenta con 1.998 habitantes [...], a lo que debe añadirse que el fallo de la sentencia de apelación precisa que la nulidad afecta específicamente a lo debatido, esto es, a la utilización privativa del vuelo sobre el dominio público por empresas operadoras del sector eléctrico. Es decir, se trataría de una cuestión concreta y delimitada, por lo que no es posible entender que la disposición cuente con la pretendida y evidente trascendencia suficiente”, y que «el hecho de que concurra un supuesto de presunción de interés casacional no conlleva, de forma automática, que se deba admitir el recurso de casación, como parece dar a entender el Ayuntamiento recurrente, siendo preciso, así mismo, que la parte recurrente [...] fundamente, con especial referencia al caso, por qué considera que en ese supuesto concreto existe interés casacional objetivo, que exija un pronunciamiento por parte de este Tribunal Supremo” (FJ 3.º).

contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. A pesar de este sistema presuntivo, el art. 88.3 in fine LJCA señala que, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e), el recurso podrá ser inadmitido «por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

La confusa redacción del precepto ha suscitado no pocas dudas interpretativas en torno a la naturaleza de la presunción. Aunque hay quien ha considerado que se trata de un conjunto de presunciones *iure et de iure*⁵², me inclino a pensar que la norma introduce una cualificación de ciertas circunstancias merecedoras de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, pero en ningún caso inatacables. Puede abonar esta interpretación, en primer lugar, el hecho de que la tercera presunción del listado, que podría considerarse la más próxima a una de tipo absoluto⁵³, puede ser también enervada cuando la disposición anulada por la sentencia impugnada carezca de trascendencia suficiente «con toda evidencia»; y, en segundo lugar, el art. 90.3.b) LJCA, que exige la inadmisión mediante auto en estos supuestos, no hace distinciones entre ellos. Además, se compadecería mal con el espíritu de la reforma la obligatoria admisión a trámite del recurso con base en la sola invocación, siquiera formal, de la concurrencia de alguno de los dos apartados.

No obstante, creo que la cuestión no puede ser objeto de conjeturas o hipótesis doctrinales, sino que debe quedar claramente determinada por el legislador mediante la depuración de la letra de un artículo que, además de

52 Muñoz Aranguren, Antonio: op. cit., p. 4, entiende que esta interpretación está abonada por varias razones: a) la redacción dada a la Exposición de Motivos; b) la alusión del art. 90.3.b) LJCA a las «salvedades que [el art. 88.3] establece»; c) la diferenciación hecha por el legislador entre los diferentes apartados del art. 88.3 LJCA; y d) la valoración jurídica predeterminada hecha por el legislador al tasar las causas de presunción. En el mismo sentido, HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín: “El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 22, 2018, pp. 375-379. Contra esta interpretación, véase MESTRE DELGADO, cit., pp. 1026-1028.

53 CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: “Respuestas a los problemas procesales derivados de la entrada en vigor del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo o cuando el recurso de queja dejó de ser arte menor”, en CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.; CAZORLA PRIETO, L. M. (dirs.): El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica: pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa. Aranzadi, Cizur Menor, 2018. pp. 41-42.

envolver conceptos oscuros (“jurisprudencia”, “apartamento deliberado”...), no define el verdadero alcance de las presunciones que contiene.

V. PREPARACIÓN, ADMISIÓN Y SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

En las próximas líneas abordaremos, también de forma crítica, las distintas fases del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo tras la reforma introducida por la Ley 7/2015, que mantiene, aunque con sustantivas matizaciones, las del sistema anterior: la fase de preparación del recurso ante la Sala de instancia (1), la fase de admisión ante el Tribunal Supremo (2) y, en caso de admitirse el recurso, la fase de interposición (3).

1. El escrito de preparación: un mayor protagonismo para la sala de instancia

El art. 89 LJCA regula la fase de preparación del recurso de casación, que se residencia en el órgano judicial de instancia por quienes hayan sido o debieran haber sido parte en el proceso. A este respecto, un feliz cambio, dirigido a otorgar a los recurrentes la dedicación y el tiempo necesario para cumplir con el complejo contenido con que se ha dotado a este escrito, es la ampliación del plazo de presentación, que pasa de diez a treinta días.

Se deberá comprobar en esta fase el cumplimiento del plazo y de las reglas de legitimación activa, la recurribilidad de la resolución impugnada y, al propio tiempo, el recurso deberá indicar el conjunto de normas o la jurisprudencia infringida (art. 89.2 LJCA)⁵⁴. Además, en el escrito de preparación deberá también acreditarse la concurrencia en el concreto

54 Reviste singular interés la formalidad de que el recurrente acredite en el escrito la recurribilidad de la resolución impugnada cuando esta sea una sentencia dictada en única instancia por los juzgados de contencioso-administrativo, que únicamente son recurribles en casación si reúnen dos requisitos cumulativos: que contenga doctrina que se repute gravemente dañosa para los intereses generales y que sea susceptibles de extensión de efectos (art. 86.1 LJCA). Como señala el Auto del Tribunal Supremo 9118/2017, de 15 de septiembre, la alusión a la extensión de efectos “no puede entenderse de otra manera que referida a la contemplada en los arts. 110 y 111 de la Ley de esta Jurisdicción. En lo que aquí concierne, el mencionado art. 110 LJCA establece la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación individualizada a favor de una o varias personas, si se ha dictado en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública o de unidad de mercado y si concurren las circunstancias enumeradas en el precepto” (FJ único).

asunto del interés casacional objetivo y, por tanto, los recurrentes deberán hacer el esfuerzo de subrayar la especial idoneidad de que el Tribunal Supremo invierta esfuerzos para pronunciarse sobre él por su trascendencia social o por los otros motivos ya expuestos que abren el acceso a la casación (art. 89.2 LJCA)⁵⁵.

Resulta llamativo que, en este punto y a pesar de la supresión parcial de los gravosos requisitos de procedencia para la admisibilidad del recurso de casación, el art. 89 LJCA solo se refiera a los Tribunales Superiores de Justicia, obviando por completo las decisiones de los órganos unipersonales a las que la nueva regulación abre la casación. Se trata, pues, de un descuido del legislador que parece no haber asimilado todavía la ampliación del ámbito objetivo del recurso de casación. No obstante, las dudas que *prima facie* pueda generar este olvido tienen una importancia relativa, ya que la interpretación sistemática y el espíritu de la norma obligan a incluir en esta desafortunada redacción a los referidos juzgados⁵⁶.

Mayor perplejidad debe despertar el alcance del examen del escrito de preparación por parte de la Sala de instancia, ahora convertida en el dique de contención de la avalancha de recursos que amenaza de forma damoclica con colapsar la Sala Tercera del Tribunal Supremo. ¿Debe el órgano *a quo* verificar el cumplimiento de todas las exigencias del art. 89.2 LJCA para el acceso a la casación? ¿Con qué límites? Una desafortunada lectura del precepto podría llevar a pensar que el informe potestativo que la Sala de instancia puede unir al oficio de remisión ex art. 89.5 LJCA alcanza también a pronunciarse sobre la concurrencia o no del interés casacional objetivo en el asunto⁵⁷. Lo cierto es, sin embargo, que la apreciación de

55 Téngase en cuenta, no obstante, que el apartado tercero del art. 87 bis LJCA permite a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo “determinar, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación”. El incumplimiento de estas exigencias jurisdiccionales en el escrito de preparación tendrá la consideración de defecto insubsanable y, en consecuencia, el recurso se tendrá por no presentado, la sentencia impugnada adquirirá firmeza y se impondrán costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada (art. 90.7 LJCA).

56 De la misma opinión, CANCIO FERNÁNDEZ, “Respuestas a los problemas...”, cit., p. 31.

57 La doctrina mayoritaria considera que la opinión fundada a la que alude el art. 89.5 LJCA únicamente cabe cuando el órgano sentenciador es favorable a la admisión del recurso. Así, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación para la formación de jurisprudencia”. En: Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 174, 2015. pp. 93-132. Pero,

dicho interés y, con ella, la decisión sobre la admisibilidad del recurso, corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo, con independencia de la opinión formada de la Sala sentenciadora. A estas dudas dio temprana respuesta el Alto Tribunal al afirmar que: “[A la Sala de instancia] le incumbe, en particular y desde una perspectiva formal, el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, así como la constatación de que en el escrito de preparación hay un esfuerzo argumentativo tendente a la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo y también, en especial, si se contiene una argumentación específica, con singular referencia al caso, de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, conforme a los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo. No le compete, en cambio, enjuiciar si concurre o no la infracción de fondo alegada por el recurrente, como hace aquí la Sala de instancia, ni pronunciarse sobre la efectiva concurrencia de ese interés objetivo casacional que determina la admisión del recurso, pues esa es una función que corresponde en exclusiva a esta Sala (arts. 88 y 90.2 LJCA). Todo ello sin perjuicio de que el tribunal pueda, si lo considera oportuno, emitir el informe previsto en el art. 89.5 de la LJCA”⁵⁸.

Reviste especial interés la doctrina del Alto Tribunal en los supuestos en que el recurso se tuvo por no preparado como consecuencia de una extemporaneidad revocada después por el Tribunal Supremo. En estos casos, si el juicio sobre la preparación del recurso ha estado en todo momento ceñido al carácter intempestivo de su presentación, dato que no necesita de mayor consideración sobre la improcedencia del escrito, una vez descartada esta tacha por el Tribunal Supremo en el correspondiente recurso de queja, el órgano a quo deberá entonces verificar el cumplimiento

ciertamente, la redacción del primer apartado del art. 90.3 LJCA (“si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión...”) parece admitir la interpretación contraria, que mantiene PENÍN ALEGRE, Clara: “La preparación del recurso de casación: un control escurridizo”. En: Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 40, 2016. pp. 25-26.

- 58 Auto del Tribunal Supremo 349/2017, de 2 de febrero, que resuelve el recurso de queja núm. 110/2016. Esta dirección jurisprudencial ha sido mantenida por el Tribunal Supremo de forma constante. Véanse, entre los más recientes, los AATS 2147/2020, de 28 de febrero; 1812/2020, de 21 de febrero; 9782/2019, de 26 de septiembre; 9776/2019, de 20 de septiembre; 9185/2019, de 16 de septiembre; 7567/2019, de 4 de julio; y 7263/2019, de 28 de junio.

de los demás requisitos del art. 89.2 LJCA, pues hasta esa devolución del asunto a la instancia no se habían examinado⁵⁹.

Concluido este examen previo, si la Sala de instancia considera que no se cumplen los requisitos del art. 89.2 LJCA, tendrá por no presentado el recurso de casación mediante auto motivado contra el que solo cabe el recurso de queja. En caso de cumplir con las formalidades y los requisitos del escrito, la Sala, también mediante auto motivado, ordenará el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la remisión a esta de los autos originales y del expediente administrativo.

2. La admisión a trámite

Al margen de las cuestiones organizativas de la Sala y los motivos de admisión, ya expuestos al hilo de los temas tratados, el art. 90.1 LJCA establece que, una vez recibidas las actuaciones, no será necesario acordar un previo trámite de audiencia a las partes para que manifiesten su parecer sobre la concurrencia del interés casacional objetivo. No obstante, la ley deja abierta la puerta, con razón por mor de la elevada complejidad de los asuntos que a menudo se residencian en sede casacional, a que la Sección de admisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo pueda acordar oír a las partes personadas por plazo común de treinta días y solo de forma excepcional si las características del asunto lo aconsejan.

a) La admisión: la publicidad como factor de corrección de los fallos del modelo.

La resolución de admisión adoptará la forma de auto en que se precisará «la cuestión o cuestiones en las que entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso» (art. 90.4 LJCA). La carga de probar la concurrencia del interés casacional objetivo recae sobre los recurrentes y no sobre el Tribunal *ad quem*, que se limitará simplemente a valorar las cuestiones alegadas⁶⁰. Para tener por

59 Así, entre otras, Auto del Tribunal Supremo 6872/2017, de 4 de julio.

60 Así, en el Auto del Tribunal Supremo 5507/2017, de 7 de junio (FJ 2.º): “[A]cierta la Sala en la inadmisión al carecer el escrito de preparación de los requisitos exigidos, a saber, justificar en diferentes y separados apartados la infracción denunciada, su relevancia y

debidamente cumplida dicha carga procesal, no es suficiente con que el recurrente se limite a citar de forma apodíctica los motivos del art. 88 LJCA que pueden dar acceso a la casación, sino que deberá realizar el imprescindible desarrollo argumental referente a las razones por las que entiende que concurren tales motivos⁶¹.

Merece la pena detenerse aquí en una cuestión de capital interés, ya no solo para la salvaguarda de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, sino para el propio aseguramiento de las garantías específicamente procesales y de la función nomofiláctica de la casación que la reforma ha venido a asegurar. Se trata de la publicidad, a través de la página web del Tribunal Supremo, a que se refiere el art. 90.7 LJCA respecto de los autos de admisión de los recursos de casación. Además, la Sala Tercera deberá hacer público, con periodicidad semestral, y a través de dicha página web y de la publicación en el Boletín Oficial del Estado, el listado de los recursos de casación admitidos a trámite, con una sucinta mención de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución.

Los operadores jurídicos podrían guiarse así por la determinación de las cuestiones que, a juicio del Tribunal, puedan suscitar interés para la formación de jurisprudencia. Esta pauta puede revestir aún mayor interés por la variante composición de la Sala de admisiones, que se puede traducir en cambios constantes en la interpretación de los ya de por sí jurídicamente indeterminados criterios de admisión⁶². Lo cierto es, sin embargo, que la especificidad de la relevancia social que pueda tener cada asunto y la escueta referencia en las publicaciones periódicas a las normas debatidas hacen que, en la inmensa mayoría de los supuestos, los litigantes no puedan tener una expectativa clara sobre los casos en que la admisión del recurso sería razonable.

el carácter determinante del fallo y también, en especial, dedicar una argumentación específica, con singular referencia al caso, de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, conforme a los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA, permitan apreciar el interés casacional objetivo. La recurrente no concreta la infracción normativa y/o jurisprudencial pretendida, ni menciona de manera expresa ninguno de los supuestos del artículo 88 LJCA, apartados 2 y 3, ni hace la más mínima referencia a la concurrencia del interés casacional”.

61 En este sentido, entre otros muchos, vid. Auto del Tribunal Supremo 4150/2019, de 4 de abril (FJ 2.º).

62 LOZANO CUTANDA, Blanca: “La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades”. En: Actualidad Administrativa, núm. 11, Sección Actualidad, 2015.

b) La inadmisión: el debate en torno a la motivación suficiente.

La inadmisión del recurso de casación adoptará, en general, la forma de providencia, que únicamente indicará la concurrencia de la circunstancia que justifica la decisión en tal sentido: la ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada, el incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el art. 89.2 LJCA prevé para el escrito de preparación, la irrelevancia de las infracciones denunciadas para la formación del juicio o la carencia en el recurso del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 90.4 LJCA). Aunque este tipo de resoluciones pueda justificar el debate en torno al derecho de los recurrentes a obtener una resolución motivada conforme a las exigencias de la tutela judicial efectiva⁶³, lo cierto es que una larga y consolidada jurisprudencia constitucional ha descartado la existencia de un pretendido derecho fundamental a una extensión determinada de la motivación, siempre que pueda deducirse que el razonamiento judicial responde a criterios jurídicos y lógicos, cualquiera que sea la brevedad y concisión de la decisión adoptada, incluso en los casos de motivación por remisión⁶⁴. Una motivación exhaustiva en torno a la falta de interés objetivo en cada uno de los argumentos contenidos en el recurso podría exigir una

63 En opinión de TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, Juan José: “Régimen legal de la admisión e inadmisión en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, Abogacía, 22 de abril de 2016, el art. 90.4 LJCA “puede dar lugar a que quien ha preparado el escrito basado en la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia obtenga una providencia de inadmisión que diga, escuetamente, que no tiene interés casacional objetivo para dicha formación [...] Una información sucinta, máxime en tanto no hay un cuerpo de doctrina basado en autos de admisión, creo que sería necesaria y, además, útil como herramienta de colaboración de los operadores jurídicos con la Sala”.

64 Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 68/2011, de 16 de mayo (FJ 4.º); 108/2001, de 23 de abril (FJ 2.º); 13/2001, de 29 de enero (FJ 2.º). Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal Supremo, que ha llegado incluso a adoptar el término de “economía motivadora”, que lleva a “no acumular páginas y páginas con digresiones sobre temas, que puede estar implicados pero que nadie discute y que al mismo tiempo podrían esconder en ese bosque los puntos realmente claves. Ese entretenerse en lo obvio, con exuberancia argumentativa y barroquismo razonador, escondiendo lo controvertido, puede ser tan pernicioso en algún caso extremo como la ausencia de motivación”. Así, en las Sentencias del Tribunal Supremo 290/2014, de 21 de marzo (FJ 13.º) y 348/2014, de 1 de abril (FJ 3.º). En idéntico sentido, véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de enero de 2015, en el asunto Arribas Antón c. España: “[N]o puede ir contra el Convenio, el que una jurisdicción superior rechace un recurso limitándose a citar las disposiciones legales previstas en tal procedimiento, en tanto

respuesta tan extensa como la misma resolución del conflicto, lo que haría perder a la reforma su finalidad. Cuestión distinta es que, atendiendo a las características concretas de cada asunto, la providencia de inadmisión pueda hacer mención, con más o menos detalle, a las razones concretas de por qué el recurso no reviste interés casacional⁶⁵.

El legislador procesal, consciente de las dudas expuestas en torno a esta exigencia dimanante de la tutela judicial efectiva, ha querido reconocer una serie de circunstancias para las que el umbral mínimo de motivación sea más elevado. Así, la regla general que exige la exteriorización de las razones de inadmisión en forma de providencia quiebra respecto de los asuntos para los que, conforme al art. 88.3 LJCA, se presume interés casacional objetivo⁶⁶, y en los supuestos en que la Sala de instancia remita el informe favorable a la admisión del recurso a que se refiere el art. 89.5 LJCA. En estos casos, la decisión de inadmisión deberá adoptar la forma de auto, con expresión de los motivos que justifican la decisión.

Contra los autos y las providencias de inadmisión no cabe recurso alguno, a salvo, según las circunstancias, del incidente de nulidad de actuaciones y del ulterior recurso de amparo constitucional.

los problemas planteados por el recurso no revistan una trascendencia especial o si el recurso no tuviera suficientes visos de prosperar” (párr. 47).

65 Auto del Tribunal Supremo 2771/2017, de 30 de marzo (FJ 1.º): “[D]e ninguna manera cabe aceptar que la utilización de la forma de providencia sea en sí misma anómala y generadora de indefensión. Muy al contrario, la regla general es que la inadmisión del recurso de casación ha de adoptar la forma de providencia [...] Y no es ésta [sic] una resolución carente de motivación, pues el artículo 90.4 LJCA señala las indicaciones que ha de contener la providencia para explicar las razones de la inadmisión, si bien la propia norma determina que la motivación sea sucinta (“Las providencias de inadmisión únicamente indicarán...”). Por lo demás, el Auto de 28 de febrero de 2019 puntualiza que “la mera forma de la resolución -providencia y no auto- no es, en sí misma, originadora de lesión del derecho fundamental denunciado, máxime cuando la providencia dictada ha sido motivada conforme al repetido artículo 90.4 LJCA, haciendo saber a su destinatario, de forma inequívoca, las razones de la inadmisión del recurso de casación”. En contra de este criterio se ha manifestado SANTAMARÍA PASTOR, cit., p. 47: “[T]odas las resoluciones, de admisión o inadmisión, debieran adoptarse en forma de auto, bien que sucintamente motivado [...] [B]astan unos pocos párrafos para reseñar el objeto del litigio y la cuestión jurídica que plantea, y para razonar a continuación por qué dicha cuestión ofrece, o no, un interés suficiente para justificar una sentencia de fondo del Tribunal Supremo. La cortesía hacia los litigantes, me parece, no exige menos”.

66 No obstante, como apunta el Auto del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2017, la forma de auto “ordenada en el artículo 90.3.b) LJCA no resulta exigible cuando se constata que no concurre el presupuesto para que opere la presunción legal que se invoca”.

3. El escrito de interposición

Admitido el recurso, el Letrado de la Administración de Justicia de la Sección de admisiones dictará diligencia de ordenación, en la que ordenará remitir todas las actuaciones a la Sección de la Sala Tercera competente y hará saber a la parte recurrente que dispone de un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición (art. 92.1 LJCA), con la advertencia de que, de no hacerlo, se declarará desierto el recurso.

Como impone el art. 92.3 LJCA, dicho escrito deberá contener, en apartados separados: a) las razones por las que se considera que han sido infringidas las normas o la jurisprudencia señaladas en el escrito de preparación, sin que se pueda añadir otras nuevas y debiendo analizar, y no solo citar, las resoluciones del Tribunal Supremo que puedan resultar expresivas de aquella jurisprudencia⁶⁷, y b) naturalmente, deberá precisarse el sentido de las pretensiones deducidas por la parte y de los pronunciamientos que solicita. Con ello, se evita que el escrito pueda adolecer de sesgos derivados de la transcripción parcial de la jurisprudencia alegada y se delimita el objeto del litigio en línea con lo ya formulado en el escrito de preparación.

En este estadio, la Sala no puede inadmitir sin más un recurso en el que observe alguna tacha sobre los mencionados requisitos, sino que deberá «oír a la parte recurrente sobre el incumplimiento detectado» (art. 90.4 LJCA). Una audiencia sin mayor utilidad que la de verificar el incumplimiento, tras lo cual, la Sección competente ordenará la inadmisión del recurso sin más trámites e impondrá a dicha parte las costas causadas.

En la sustanciación del recurso, se prevé, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes mediante otrosí en los escritos de interposición o de oposición, la celebración de vista pública, incluso ante el Pleno de la Sala, salvo que la Sección competente para el debate y fallo entendiera que las características del asunto la hacen innecesaria (apartados 6 y 7 del art. 90 LJCA)⁶⁸.

67 Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 295/2000, de 11 de diciembre, ha entendido que el defecto consistente en la omisión de cita en el escrito de interposición es subsanable, siempre que tal referencia se hubiera hecho previamente en el escrito de preparación.

68 A este respecto, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “La admisión discrecional de asuntos por el Tribunal Supremo”. En: Revista de Jurisprudencia, núm. 1, mayo de 2015. pp. 1-7, opina que “[d]ebería permitirse que el Tribunal Supremo acordara, también con cierto grado de discreción, la práctica de una vista oral para su ilustración. Me parece particularmente importante que el Tribunal Supremo recupere [...] la oralidad. Si los

La sentencia que resuelva el recurso fijará «la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo» (art. 93.1 LJCA). Además, con arreglo a dicha doctrina legal, resolverá «las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos», y podrá, cuando venga justificado por su necesidad, ordenar la retroacción de las actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso determinado por la ley hasta su culminación.

VI. CONCLUSIONES

El recurso de casación en el orden contencioso-administrativo ha sido objeto de una importante reforma orientada a conjurar los males sistémicos que padecía con su anterior regulación. El elevado número de asuntos pendientes de tramitar por el Tribunal Supremo y la correlativa dilación en su resolución no solo ponía el riesgo la operatividad del sistema, sino también la adecuada y pronta satisfacción del interés subjetivo de los recurrentes. La progresiva implantación de trabas de acceso a la casación, lejos de solucionar el problema de la sobrecarga de trabajo, impidió que asuntos de importancia cotidiana para el ciudadano atravesaran el umbral del Tribunal Supremo por no alcanzar la altísima cuantía exigida para ello.

Parece haber tomado consciencia el legislador de aquella desatinada carrera de obstáculos y de la larvada desnaturalización del recurso de casación. Un celebrado despertar que nos ha traído una ampliación de los asuntos que potencialmente podrán acceder al conocimiento del Tribunal Supremo, con cambios en los criterios de admisión aplicables y en la forma de plantearlos. Al margen del concreto supuesto y de la conformación del debate casacional en cada caso, es más variada la tipología de asuntos que podrán beneficiarse de una interpretación uniforme por parte del Tribunal Supremo y, con ello, del establecimiento y eventual revisión de pautas fijas para la adecuada defensa de los intereses privados en

asuntos van a ser enjuiciados por el Tribunal Supremo por su relevancia, la vista pública se impone casi como regla. Es una medida sanísima para la vitalidad del Tribunal, para su percepción pública y para el tipo de abogacía que se postula. Debería tratarse, además, de vistas a la anglosajona: los magistrados machacando a preguntas a los abogados”.

aquellos casos en que pudiera verse comprometida la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante la ley de los justiciables.

No obstante, los cambios, incluidos aquellos que ponen fin a los desaciertos de un sistema perverso de admisión, no están exentos de riesgos. La figura del interés casacional objetivo, como *pneuma* de la reforma, es ciertamente oscura, y su progresiva y variable definición jurisprudencial no parece calmar el prurito de los ciudadanos de buscar una respuesta a sus legítimas pretensiones en la cúspide del organigrama judicial. Los recurrentes, aun cumpliendo los requisitos de forma y fondo que exige la nueva redacción de la LJCA, pueden ver desestimado su recurso si el alto órgano estima que no existe interés casacional objetivo en el caso concreto.

Con todo, la vocación general de la norma no puede abarcar todos y cada uno de los supuestos en que un asunto puede tener interés para la formación de jurisprudencia. El carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción exige que los motivos que indiciariamente pueden tener tal interés se relacionen de forma abierta, pues no puede descartarse añadir otros nuevos o perfilar los ya existentes a partir de la más variada casuística a que se enfrenta diariamente el Tribunal Supremo. Así lo exige la necesidad de compensar las indisociables funciones del recurso de casación.

BIBLIOGRAFÍA

BETANCOR, Andrés: La revisión casacional de la prueba en el contencioso-administrativo. Cívitas, Madrid, 2012.

BUJOSA VADELL, Lorenzo; NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.): Nociones preliminares de Derecho Procesal Civil. Atelier, Barcelona, 2015.

CALAMANDREI, Piero: La casación civil. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CANCER MINCHOT, Pilar: “La nueva casación contenciosa: dudas interpretativas que suscitan las sentencias y autos susceptibles de recurso”. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 917, 2016.

— “La nueva casación contenciosa- administrativa: sentencias y autos recurribles. El interés casacional objetivo”. En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6, 2016, pp. 41-62.

CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl César: El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.; CAZORLA PRIETO, L. M. (dirs.): El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica: pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

CÓRDOBA Castroverde, Diego: “El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo”. En: Revista de Jurisprudencia, 1 de octubre de 2015.

“Por un nuevo modelo del recurso de casación en materia contencioso-administrativo”. En: Revista de Jurisprudencia, 1 de diciembre de 2013.

CUDERO BLAS, Jesús: “El recurso de casación por infracción de normas autonómicas”. En: Revista de Jurisprudencia, 1 de julio de 2016.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “La admisión discrecional de asuntos por el Tribunal Supremo”. En: Revista de Jurisprudencia, núm. 1, mayo de 2015.

ESCRIBANO TESTAUD, Pedro: “Doctrina jurisprudencial sobre la nueva regulación del recurso de casación”. En: Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, julio de 2018.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso- administrativa y el nuevo recurso de casación para la formación de jurisprudencia”. En: Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 174, 2015.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco; YAÑEZ DÍAZ, Carlos; VIZÁN PALOMINO, María: El recurso de casación contencioso-administrativo conforme a la Ley Orgánica 7/2015. Comares, Granada, 2016.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (8.^a ed.). Cívitas, Cizur Menor, 2016.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago José: Tratado de Derecho Administrativo (3.^a ed.) (t. II). Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

“Comentarios al nuevo recurso de casación (1): artículos 86 y 87 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio”. En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2016.

“Comentarios al nuevo recurso de casación (2): artículos 88 y 89 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio”. En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8, 2016.

“Comentarios al nuevo recurso de casación (3): artículos 88 y 89 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio”. En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2016.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo: El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo. Bosch, Barcelona, 2015.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín: “El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 22, 2018.

“La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)”. En: Revista General de Derecho Constitucional, núm. 24, 2017.

LETÉLIER LOYOLA, Enrique: El derecho fundamental al recurso en el proceso penal. Atelier, Barcelona, 2013.

LOZANO CUTANDA, Blanca: “La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades”. En: Actualidad Administrativa, núm. 11, Sección Actualidad, 2015.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: La jurisdicción contenciosa: análisis práctico. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MAYOR GÓMEZ, Roberto: “Compendio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. En: Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 7, septiembre de 2016.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco: “La configuración del recurso de casación en torno al interés casacional”. En Baño León, José María (coord.): Memorial para la Reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado (t. I). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MORENO MOLINA, José Antonio (dir.): *Procedimiento y proceso administrativo práctico*. La Ley, Madrid, 2006.

Muñoz Aranguren, Antonio: “La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo”. En: *Diario La Ley*, núm. 8634, de 28 de octubre de 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho Procesal II: Proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

— *La casación civil*. Ariel, Barcelona, 2003.

“La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoris*”, en *Jurisdicción y proceso*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

PENDÁS GARCÍA, Benigno: *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: estudio sistemático*. Praxis, Barcelona, 1999.

PENÍN ALEGRE, Clara: “La preparación del recurso de casación: un control escurridizo”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 40, 2016.

PÉREZ ALONSO, Jorge: “El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense”. En: *Diario La Ley*, núm. 8621 Sección Doctrina, de 8 de octubre de 2015.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”. En: *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, octubre de 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso* (2.^a ed.). Bosch, Barcelona, 2012.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104, 2016.

RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: “Las diez claves de los nuevos recursos de casación contencioso-administrativos”. En: *Diario La Ley*, núm. 8809, 22 de julio de 2016.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88”. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 207, 2018.

SOLDEVILA FRAGOSO, Santiago: “Las paradojas de la nueva casación”. En: *Actualidad administrativa*, núm. 10, 2016.

TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, Juan José (2016): “Régimen legal de la admisión e inadmisión en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”. En: *Abogacía*, 22 de abril de 2016.

TRIANA REYES, Belén (2016): “La que se nos viene encima con la casación contencioso-administrativa”. En: *Diario La Ley*, núm. 8733, Sección Tribuna, 4 de abril de 2016.

LAS MEDIDAS COERCITIVAS ALEMANAS (EN SENTIDO RESTRINGIDO) COMO EQUIVALENTES A LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

GERMAN COERCIVE MEASURES (IN A RESTRICTED SENSE) AS EQUIVALENT TO INVESTIGATION DILIGENCES IN CRIMINAL PROCEEDINGS.

SEM SANDOVAL REYES*

Resumen

Cuando se trata de medidas que en el marco de un procedimiento penal pueden afectar intensamente los derechos fundamentales del imputado o de terceros, la doctrina alemana, en general, no distingue entre diligencias de investigación y medidas cautelares. A diferencia de gran parte de Iberoamérica, todo suele tratarse en el capítulo de las “medidas coercitivas”. Esto genera dificultades en el trabajo científico, sobre todo en el ámbito de la comparación. Por eso, este artículo se enfoca en el estudio de las “medidas coercitivas” alemanas, y explica por qué, en un sentido restringido, podría establecerse una equivalencia entre ellas y las “diligencias de investigación”. Esta aproximación puede sentar las bases para un tratamiento general, abstracto y sistemático de las diligencias de investigación, las cuales, a pesar de su extraordinaria relevancia práctica, adolecen de un desarrollo científico importante.

Palabras Clave

Medidas coercitivas – diligencias de investigación – prisión preventiva-
Eingriffs-und Zwangsmaßnahmen - strafprozessuale Zwangsmaßnahmen

Abstract

In the case of measures which, in criminal proceedings, may have an intense impact on the fundamental rights of the accused or third parties, German doctrine generally does not distinguish between investigative measures and precautionary measures. Unlike much of Latin America, everything is usually dealt with in the “coercive measures” chapter. This creates difficulties in scientific work, especially in the field of comparison. Therefore, this article focuses on the study of German “coercive measures”, and explains why, in a restricted sense, equivalence could be established between them and “investigative measures”. This approach may lay the groundwork for a general, abstract and systematic treatment of research diligence, which, despite its extraordinary practical relevance, suffers from important scientific development.

Keywords

Coercive measures – investigation proceedings – preventive prison-
Eingriffs-und Zwangsmaßnahmen - strafprozessuale Zwangsmaßnahmen

I. INTRODUCCIÓN

Una vez que en observancia del principio de legalidad los órganos de persecución penal deben proceder a la investigación de la verdad y/o la obtención de antecedentes de investigación, tendrán que desarrollar una serie de actividades procesales, las cuales giran en torno a la noción de diligencias o actos de investigación (en adelante, diligencias de investigación). Esta figura procesal penal permite identificar y agrupar a todas aquellas medidas que tienen por finalidad esencial, la obtención de antecedentes sobre un hecho punible y la posible intervención que en él le cupo a personas determinadas¹. En contraste con ellas, los sistemas

Artículo recibido para su evaluación el 30 de junio de 2020, y aprobado para su publicación el 21 de julio de 2020.

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso (Chile), LL.M y doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Email: sem.sandoval@gmail.com. El autor agradece especialmente a la Dra. Sra. Angie Arce Acuña, Presidenta del Instituto de Victimología de Costa Rica; al Prof. Dr. Sr. Claudio Meneses Pacheco, Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Valparaíso (Chile); al Sr. Diego González Lillo, abogado y doctorando de la Universidad de Barcelona, y a los Sres. Álvaro Córdova Carreño y Gonzalo Chiang Cáceres, abogados, quienes con sus

que optan por trabajar con el respaldo teórico de las medidas cautelares en el procedimiento penal, cuentan con esta otra gama de medidas, que, siguiendo una posición más o menos aceptada por la doctrina, autorizan la privación de la libertad del imputado con la finalidad de asegurar el desarrollo del procedimiento penal, la conservación de las pruebas personales y materiales del juicio y la ejecución de la eventual sentencia².

En un plano normativo, esta concepción de una fase de investigación compuesta *grosso modo* por diligencias de investigación y medidas cautelares personales, se traduce en una regulación particularizada que, tratándose de las diligencias de investigación, con mayor o menor acierto y precisión, intenta responder preguntas básicas sobre la medida individual de que se trate. Así, por ejemplo, cuáles son las concretas diligencias de investigación que se regulan en la ley, cuáles son los supuestos en que opera, quiénes son los sujetos legitimados para impetrarlas, cuáles son las formalidades y límites para ejecutarlas y cuáles son los mecanismos

observaciones críticas permitieron que este trabajo pudiera ser mejorado. En el mismo sentido, se agradecen las observaciones recibidas en el proceso de revisión por pares en la presente revista. El contenido y las opiniones corresponden únicamente al autor, y no representa necesariamente el punto de vista de las personas mencionadas.

- 1 Véanse: LÓPEZ MASLE, Julián: “La prueba”. En: Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián: *Derecho procesal penal chileno*. Tomo 2, Santiago, 2005. pp. 68-131; HORVITZ LENNON, María Inés: “Procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública”. En: Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián: *Derecho procesal penal chileno*. Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. pp. 489-494, 507-540; CASTRO JOFRÉ, Javier: *Manual de Derecho procesal penal*. Editorial Libromar, Santiago, 2017. pp. 218 y ss. y 251 y ss. Referencias sobre esta figura en el Derecho procesal español pueden encontrarse especialmente en las lecciones 7a., 8a. y 10a. de GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. En: Montero Aroca, Juan, *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*. 25a. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. pp. 171-193; 195-238; 239-268; ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*. 10a. Ed., Marcial Pons, Madrid, 2017. pp. 161-218; NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal III (Proceso penal)*. Marcial Pons, Madrid, 2017. pp. 191-234 y 253 y ss.
- 2 Consúltese el concepto de medidas cautelares personales en el Derecho procesal penal chileno: MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl: *Derecho procesal penal*. Tomo 1, 2a. Ed., AbeledoPerrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012. p. 478; AGUILAR, ARANELA, Cristián: *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2014. p. 15 s.; LÓPEZ MASLE, Julián: “Las medidas cautelares en el proceso penal”. En: Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián: *ob. cit.*. Págs. 344 s.; DURÁN FUICA, Rodrigo: *Medidas cautelares personales en el proceso penal*. 2a. Ed., Librotecnia, Santiago, 2007. Págs. 108 s.; CASTRO JOFRÉ, *cit.*, p. 252; MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Nr. 1, Santiago, 2002. p. 9.

procesales de control, ya sean judiciales, administrativos, *ex ante*, o *ex post*³. En el caso de las medidas cautelares personales, debe destacarse que el Código Procesal Penal chileno (En adelante CPPCh) reconoce expresamente esta noción en el Título V del Libro I, arts. 122 y ss. CPPCh⁴. En la misma línea, regula como especies de medidas cautelares personales, la citación (Art. 123 y ss CPPCh), la detención (Art. 125 y ss. CPPCh), la prisión preventiva (Art. 139 y ss. CPPCh) y las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva (Art. 155 ss. CPPCh).

Desde un punto de vista teórico y regulativo, la mayoría de los sistemas procesales penales latinoamericanos se estructuran sobre bases similares. Por eso podemos fácilmente investigar, comparar, aprender y en general, trabajar científicamente con ellos⁵. Tampoco existe mayor dificultad cuando el mismo ejercicio se realiza con España⁶. El problema, sin embargo, es que no sucede lo mismo con Alemania. Si bien la Ordenanza Procesal Penal alemana (en adelante StPO⁷) cuenta con normas concretas semejantes a las latinoamericanas o españolas, cuando se intentan abordar teóricamente

3 A modo de ejemplo, en el caso chileno pueden verse especialmente los arts. 180 a 226 bis CPPCh, referido a las “*actuaciones de la investigación*” (párrafo 3ro., Título I, Libro II CPPCh).

4 Dicho Título V se denomina explícitamente: “medidas cautelares personales”. Esto implica que ellas dejaron de ser una simple teoría surgida en la Italia de la primera mitad del siglo XX al amparo del Derecho procesal civil. Por el contrario, ellas tienen hoy un expreso reconocimiento legal. Las consecuencias teóricas y prácticas de este hito, debido a su novedad, están por verse. En un primer momento consideramos que ni en la explicación universitaria, ni en la aplicación práctica, debería soslayarse esta circunstancia. Figuras particulares como la citación, la detención, la prisión preventiva y las medidas alternativas a la prisión preventiva, deben ser tratadas como especies de un género mayor: las medidas cautelares. Por ello, si una determinada regulación legal –por ejemplo- omite toda referencia al peligro que se trata de evitar, tanto la defensa como el tribunal, por la vinculación de la medida particular al género medidas cautelares, se encuentran en todo el derecho a exigir que, antes de proceder, la fiscalía acredite el presupuesto cautelar *periculum in mora*, y, en su caso, exigir que se rechace por infundada la petición del órgano persecutor o un querellante.

5 Por todos tráigase a colación el caso de México, que en su Código Nacional de Procedimientos Penales reconoce expresamente la noción de medidas cautelares y da tratamiento a las diligencias de investigación: véase: PÉREZ DAZA, Alfonso: *Código Nacional de Procedimientos penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2016. pp. 381-431 (“medidas cautelares”) y pp. 530 - 569 (“técnicas de investigación”).

6 A modo ilustrativo y por todos, véanse las lecciones 8a. y 9a. sobre medidas de investigación y la lección 10a. sobre medidas cautelares, en el manual de ARMENTA DEU, cit., pp. 161-250.

7 Por su denominación en alemán: *Strafprozessordnung*.

los puntos sobre las diligencias de investigación y las medidas cautelares personales, puede apreciarse que el Derecho procesal penal alemán no sigue necesariamente los cánones del horizonte dogmático hispanoparlante. Esto es evidente, por ejemplo, cuando la doctrina alemana prescinde de la noción teórica de medidas cautelares personales. También lo es, cuando se observa que dentro del acápite de “medidas coercitivas” (u otros títulos semejantes) se incluye a todo un extenso catálogo de medidas, que en un sentido amplio, incluyen, no solo a las que llamaríamos diligencias de investigación, sino que también, a la prisión preventiva.

Es por todo lo anterior que surge la interrogante sobre qué se entiende en Alemania por aquellas medidas que en español han sido ampliamente difundidas como “medidas coercitivas”, “medidas de coerción o injerencia”, o a través de fórmulas semejantes⁸. Junto con lo anterior, y aún a riesgo de inexactitudes, debe responderse si ellas, en términos funcionales y/o cualitativos, son más asimilables a las medidas cautelares personales, o por el contrario, a las diligencias de investigación. La pregunta anterior, se ha intentado responder profundizando sobre todo en el Derecho procesal penal alemán, poniéndose el énfasis en aquellos autores que haciendo excepción al tratamiento orientado a la *praxis*⁹, han realizado aportes para un tratamiento teórico general, abstracto y sistemático de este sector del procedimiento penal.

Cuando se nos pregunta con qué objeto tratamos esta figura alemana, tenemos que aclarar en primer lugar, que muy lejos estamos de aceptar

8 Estas nociones se han extendido fuertemente en Latinoamérica, uno de sus antecedentes puede encontrarse en la gran difusión de la obra procesal penal traducida de Roxin (ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto s.r.l., 2000. (Trad. Córdoba, Gabriela E.; Pastor, Daniel R.). pp. 249 y ss., que titula este capítulo en español como “medidas coercitivas e injerencias en los derechos fundamentales”. Con la traducción de la obra procesal penal de Volk, que es otra reciente obra de Derecho procesal penal alemán disponible en español (VOLK, Klaus: *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*. Editorial Hammurabi/Cedpal, Buenos Aires, 2016. (Trad. Nanzer, Alberto, et al.). pp. 107 y ss., la cual titula el capítulo respectivo como “injerencias y medidas de coerción”; la traducción del vocablo alemán al español, en términos prácticos, adquirió carta de ciudadanía.

9 Lamentablemente, ellos no son la mayoría. La literatura que más abunda se enfoca sobre todo en solucionar problemas de la práctica. Es por eso que en los manuales abundan las largas enumeraciones de medidas coercitivas particulares, las descripciones y las propuestas de soluciones concretas (véase en tal sentido la nota Nr. 47). La dimensión abstracta de este fenómeno, lamentablemente, ocupa a un menor número de profesores. Esto ha sido observado por ejemplo por DUTTGE, Gunnar: *Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozessrecht*. Nomos, Baden-Baden, 1995. p. 43.

las cosas acriticamente por el simple hecho de que éstas se escriben en alemán u otro idioma extranjero. Luego, nos encontramos en un sector en que los estudiosos hispanohablantes y los alemanes, en general y objetivamente, no nos comprendemos totalmente, lo que supone un perjuicio importante para la investigación científica, sobre todo, al comienzo de un trabajo de comparación. Por otra parte, entendemos que los apuntes del país europeo pueden ayudar a sentar las bases de una teoría general de las diligencias de investigación, que nos permita superar el trabajo meramente intuitivo y la sola lectura y reproducción de los artículos del CPPCh. A partir de ese desarrollo jurídico y cultural, podríamos discutir de mucho mejor manera y con un alcance universal, por ejemplo, en torno a quiénes son los agentes que deben encontrarse legitimados para ordenar y ejecutar este tipo de medidas; cuáles deben ser los supuestos fácticos y normativos para que operen las diligencias, cuáles son los controles adecuados que deben establecerse, qué tipo de derechos fundamentales se deberían afectar, cuáles son las diligencias de investigación que deben operar por defecto en una persecución inicial, cuáles son los grados de sospecha que se deben acreditar para realizar diligencias que afectan gravemente derechos fundamentales, y de qué manera debe garantizarse la proporcionalidad.

Desde otro punto de vista, existen pocos espacios del Derecho procesal penal de tanta y extrema relevancia práctica como el de las diligencias de investigación. Piénsese que todo lo que aquí se discute puede tener impacto, por solo mencionar algunos ejemplos, en los siguientes aspectos fundamentales del procedimiento penal: la primera actuación del procedimiento y la calidad y derechos del imputado (Art. 7, 93, 94 CPPCh), la autorización judicial previa de actuaciones o diligencias de investigación (Art. 9 CPPCh), la proposición de diligencias durante la investigación por intervinientes distintos del fiscal (Art. 183 CPPCh), la necesidad de la fiscalía de formalizar la investigación para pedir ciertas diligencias (véase el Art. 230 inc. 2 CPPCh y su más que generosa excepción: Art. 236 CPPCh), la reapertura de la investigación (Art. 257 CPPCh), y la exclusión de pruebas provenientes de actuaciones o *diligencias* declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de derechos fundamentales, lo que conecta, como se sabe, con la prueba ilícita (Art. 276 inc. 3 CPPCh).

II. LAS MEDIDAS COERCITIVAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN

1. La noción

Los rótulos “medidas coercitivas” o “medidas de coerción o injerencia” se utilizan para traducir las denominaciones alemanas “*Eingriffs- und Zwangsmaßnahmen*”, “*Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe*”, “*Zwangsmittel und strafprozessuale Grundrechtseingriffe*” o, entre otras, “*strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*”¹⁰. Es decir, un conjunto de numerosas medidas procesales penales reconocidas en la ley, que, en un sentido amplio, autorizan una intervención en los derechos fundamentales del imputado y/o de terceros¹¹, todo lo anterior, en dirección a obtener la satisfacción de determinados fines, normalmente procesales¹².

Estas medidas tienen una gran importancia para el procedimiento penal, sobre todo, cuando sirven una importante función de investigación y posibilitan que el procedimiento penal pueda alcanzar sus fines¹³. La obtención de la verdad, según se sostiene por ciertos autores alemanes, es decisiva para conseguir la justicia y la seguridad jurídica¹⁴. Dicha

10 Véanse los manuales tradicionales alemanes: KINDHÄUSER, Urs/SCHUMANN, Kay: *Strafprozessrecht*. 5a. Ed., Nomos, Baden-Baden, 2019. p. 85; VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*. 9a. Ed., C.H. Beck, München, 2018. p. 52 (*Eingriffs- und Zwangsmaßnahmen*); ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*. 29a. Ed., C.H. Beck, München, 2017. p. 232; SCHROEDER, Friedrich-Christian/VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*. 7a. Ed., C.H. Beck, München, 2017. p. 70 (*Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe*); KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*. 9a. Ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2015. p. 260; BEULKE, Werner/SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*. 14a. Ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2018. p. 164 (*Zwangsmittel und strafprozessuale Grundrechtseingriffe*).

11 En este sentido: DUTTGE, cit., pp. 43, 204 s.; AMELUNG, Knut: *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*. Duncker & Humblot, Berlin, 1976. p. 14; HENKEL; Heinrich: *Strafverfahrensrecht*. 2a. Ed., W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968. pp. 289 y ss.; WOLTER, Jünger: “Allgemeiner Überblick über Ermittlungsmaßnahmen und Verfahrenssicherung”. En: ALBIN, Eser/KAISER, Günther/WEIGEND, Ewa (Editores): *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 1991. p. 100; KÜHNE, cit., pág. 262; VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, cit., p. 55; ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, cit., p. 233.

12 KÜHNE, cit., p. 261: “las medidas coercitivas sirven a la seguridad de los fines del procedimiento y no tienen carácter penal”. En el mismo sentido WOLTER, cit., pp. 91 s.

13 ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 232: “Para la realización del proceso penal las intervenciones en la esfera individual son indispensables (...)”.

14 En relación con estas finalidades véanse: VOLK, ENGLÄNDER, cit., pp. 4 s.; NEUMANN; Ulfrid: “Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren”.

función de investigación, sin embargo, no sería la única que servirían las medidas coercitivas. Así lo sostiene Schroeder, quien partiendo de la base de un análisis funcional de las medidas coercitivas, termina sosteniendo una concepción amplia de las mismas. En esta perspectiva, éstas cumplirían además una función de aseguramiento de los medios de prueba, de la realización del procedimiento penal y de la ejecución de la sentencia. Este autor destaca además, que las medidas coercitivas pueden cumplir una función de determinación de los presupuestos procesales y de prevención de nuevos hechos punibles¹⁵. Para esta concepción, por tanto, las medidas coercitivas, en un sentido amplio, se caracterizarían por una multifuncionalidad.

Alrededor de su característica común, es decir, la intervención que estas medidas suponen en los derechos fundamentales, se distinguen dos tipos de medidas coercitivas¹⁶. Por una parte se encuentran las medidas coercitivas tradicionales (“*herkömmlich*”), las cuales se caracterizan por suponer siempre la aplicación de coerción o fuerza. Por ejemplo, este sería el caso de la medida coercitiva de registro de la vivienda del imputado según el §102 StPO. Por otra parte, existen otras medidas coercitivas cuya ejecución, si bien no implican intrínsecamente la aplicación de coerción o fuerza, igualmente suponen una afectación importante en los derechos fundamentales del afectado. Por ejemplo, este sería el caso de la medida

En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989. pp. 52-54. En términos similares: ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., pp. 2-5. Una perspectiva actual en: MURMANN; Uwe: “Über den Zweck des Strafprozesses”. En: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2004. p. 74.

- 15 SCHROEDER, VERREL, cit., pp. 73 s.; SCHROEDER, Friedrich-Christian: “Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel”. En: *Juristenzeitung*, 1985. pp. 1028 y ss.; SCHROEDER, Friedrich-Christian: “Die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten als Anwendungsvoraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen”. En: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2005. pp. 74 s. Otros autores que directa o indirectamente se refieren a funciones de las medidas coercitivas: ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 232; RANFT, Otfried: *Strafprozeßrecht*. 3a. Ed., Richard Booberg Verlag, Stuttgart *et al.* p. 225.
- 16 En relación con la distinción que se individualiza pueden consultarse: AMELUNG, cit., pp. 14-17; KÜHNE, cit., pp. 261 s.; MURMANN, Uwe. En: HEGHMANN, Michael/ SCHEFFLER; Uwe (Editores): *Handbuch zum Strafverfahren*. C.H. Beck, München, 2008. p. 203. En esta materia es también relevante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el denominado “derecho a la autodeterminación informativa”: BVerfGE 120. p. 274 (especialmente las pp. 302-340).

de vigilancia de las telecomunicaciones del imputado o de terceros según el §100a StPO¹⁷.

2. Presupuestos¹⁸

a) Regulación legal y posible afectación de diversos derechos fundamentales

Las medidas coercitivas comprenden un conjunto de medidas particulares que tienen un expreso reconocimiento en la ley. La regulación, en la Ordenanza Procesal Penal alemana, se caracteriza por su falta de sistematicidad. Eso puede observarse en su geografía, la cual contempla estas medidas sobre todo en los §§72 ss.; 94 ss.; 112 ss.; 131 ss.; y 158 ss. StPO¹⁹. Aun cuando en relación con este catálogo se sostiene que determinadas medidas podrían servir no solo un fin represivo, sino también preventivo -distinción cuya aclaración excedería el objeto de este trabajo²⁰-, pueden mencionarse como medidas coercitivas represivas, y por ende, medidas propias de una regulación de Derecho procesal penal, las siguientes: la toma de muestras de sangre (§81a StPO); la investigación molecular y genética (§81e StPO); el aseguramiento y la incautación de objetos con fines probatorios (§94 StPO); el registro de la vivienda del imputado (§102 StPO); la investigación encubierta (§110a inc. 1 StPO); la vigilancia de las telecomunicaciones (§ 100a StPO); el registro on-line (§100b StPO); la vigilancia acústica de la vivienda (§100c StPO); la prisión preventiva (§112 ss. StPO), etc.

17 En relación con la *praxis* chilena y el art. 134 CPPCh, es importante observar que no por el hecho que se encuentre normalizado como “coerción débil” (sic), puede desconocerse que el registro de vestimentas, equipaje y/o vehículo de la persona sorprendida en flagrancia, aún cuando se trate de hechos punibles que solo podrían dar lugar a citación, si representa una afectación importante en los derechos fundamentales del imputado.

18 Más arriba (en la nota Nr. 9) hemos señalado la dificultad de trabajar con este concepto en términos abstractos. Por eso debe aclararse que éstas características han sido elaboradas fundamentalmente con base en los siguientes textos, en todos los cuales puede observarse un determinado esfuerzo de abstracción: ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., pp. 232-239; KÜHNE, cit., pp. 260 y ss.; SCHROEDER, VERREL, cit., pp. 70- 74; SCHROEDER, Friedrich-Christian: “*Eine funktionelle Analyse (...)*”, pp. 1028 y ss.; HENKEL, cit., pp. 273 s.; MURMANN, cit., pp. 203 y ss.

19 Para más detalles véase: SCHROEDER, VERREL, cit., p. 70.

20 Sobre esta diferencia véanse: ZACZYK, Rainer: “Strafjustiz oder Präventivjustiz?”. En: Fahl, Christian/Müller, Eckhart; Satzger, Helmut y Swoboda, Sabine (Editores), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*. C.F. Müller, Heidelberg, 2015. pp. 69-78; KÜHNE, cit., pp. 245-257; DUTTGE, cit., p. 141.

Debido al carácter heterogéneo de estas medidas, los derechos fundamentales que pueden verse afectados por ellas, son también, numerosos. Así ha sido identificado en Alemania, por ejemplo, por Roxin/Schünemann²¹ y también Kühne²², quienes destacan como posible, la afectación de los siguientes derechos fundamentales: La integridad física (véanse las diligencias de los §§81a; 81; 81e StPO); el derecho a la autodeterminación informativa (ídem en relación con §§161 inc. 1, 163 inc. 1, 110a inc. 1, 100a, 100g, 100i, 100b StPO); la inviolabilidad del domicilio (ídem §§100c, 102 StPO); la libertad personal del imputado (ídem §112ff. StPO), la propiedad (ídem §94 StPO), etc.

b) Legitimación y ordenación de las medidas coercitivas

Las medidas coercitivas solo pueden ser ordenadas por determinados operadores de la justicia penal. En concordancia con el principio de reserva judicial esta competencia corresponde en primer lugar al juez²³. En el sistema alemán, sin embargo, también se reconoce legitimación a los órganos de persecución penal. Nos referimos sobre todo a la fiscalía (como “dueña del procedimiento de investigación”²⁴) y según el caso, a su personal de investigación (*Ermittlungspersonen*) (§152 GVG²⁵). Estos últimos contarían con una “competencia de urgencia“ (“*Eilkompetenz*“), la cual los autoriza a dictar medidas de investigación sin control judicial previo en casos de “peligro en la demora”²⁶. En la StPO estos casos son abundantes. La policía y los particulares, por último, sólo juegan un rol marginal en la distribución de estas competencias.

21 ROXIN, /SCHÜNEMANN, cit., p. 233.

22 KÜHNE, cit., p. 263.

23 KINDHÄUSER, SCHUMANN, cit., p. 50; ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 234; BEULKE, SWOBODA, cit., p. 165.

24 KINDHÄUSER, SCHUMANN, cit., p. 52.

25 *Gerichtsverfassungsgesetz* (Equivalente a la Ley de Organización de los Tribunales).

26 KINDHÄUSER, SCHUMANN, cit., pp. 50 y 85; AMELUNG; Knut: “Die Entscheidung des BVerfG zur ‘Gefahr im Verzug’ i.S. des Art. 13 II GG“. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Heft. 7/2001. p. 338; ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 234; RANFT, cit., p. 234. Sobre “el dominio de la policía en el procedimiento de investigación penal” véase: AMBOS, Kai: “Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität“. En: *Juristische Ausbildung*, 2003. pp. 677 s.

Medidas coercitivas que solo pueden ser ordenadas por el juez son, por ejemplo, las siguientes²⁷: La internación del imputado para la preparación de un informe pericial (§ 81StPO) y la prisión preventiva (§112 ss. StPO).

El pequeño número de medidas de reserva exclusiva del juez contrasta con aquellas que si bien puede dictar naturalmente el mismo tribunal, forman parte de una competencia que se comparte con la fiscalía, la cual, en caso de “peligro en la demora“, se encuentra legitimada para ordenar autónomamente la respectiva medida. Esta es, la que en términos de competencia, legitimación y práctica, se afirma como regla general²⁸. Como muestra, sin embargo, obsérvese que la fiscalía podría ordenar autónomamente las siguientes medidas coercitivas que enumeramos ejemplificativamente en el apartado precedente: Así, en el caso de la inspección corporal del imputado y la toma de muestras de sangre (§81a inc. 2 StPO); la investigación molecular y genética (§81e en relación con §81f. StPO); el aseguramiento y la incautación de objetos con fines probatorios (§94 en relación con §98 StPO), el registro del imputado (§ 102 en relación con §105 StPO), la investigación encubierta (§110a inc. 1 StPO); el establecimiento de puestos de control en lugares de acceso público (§111 inc. 2 StPO); la vigilancia de las telecomunicaciones (§100a en relación con §100e inc. 1 StPO), etc.

c) La justificación de la intervención en la “cláusula general de investigación“ o en una autorización legal especial .

Las medidas coercitivas individuales solo pueden ser ordenadas y/o ejecutadas, si se encuentran cubiertas por una ley que autoriza la intervención (*Eingriffsermächtigung*). Según el Art. 20 inc. 3 GG²⁹ la existencia de esta disposición es indispensable³⁰. En este contexto se pueden distinguir medidas coercitivas que se encuentran cubiertas por la denominada “cláusula general de investigación” (*Ermittlungsgeneralklausel*), y otras que solo pueden ser ordenadas y/o ejecutadas porque una ley establece específicamente dicha facultad.

27 Seguimos a ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 234.

28 Se sigue a ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 234.

29 *Grundgesetz* (Ley Fundamental alemana).

30 En este sentido véanse: MURMANN, cit., p. 203: “intervenciones procesal penales que afectan derechos fundamentales de los ciudadanos requieren una autorización de intervención legal“; en el mismo sentido: MURMANN; Uwe: *Prüfungswissen Strafprozessrecht*. 4a. Ed., C.H. Beck, München, 2019. p. 26; RANFT, cit., p. 225.

i) Medidas coercitivas cubiertas por la cláusula general de investigación

Tan pronto exista una sospecha inicial en relación con un hecho punible³¹, la fiscalía y la policía cuentan de inmediato, y sin necesidad de una autorización judicial, con una serie de medidas coercitivas que implican intervenciones en la esfera de derechos del afectado. Todas estas se caracterizan por presuponer intervenciones de baja intensidad. También, por el hecho que se encuentran legalmente cubiertas por la denominada “cláusula general de investigación“. Es decir, el grupo de normas que imponen a los órganos de persecución penal el deber, pero al mismo tiempo, la facultad de tomar medidas para investigar la posible comisión de un hecho punible, apenas exista la señalada sospecha inicial. En este sentido se citan los §§160 inc. 1, 161 inc. 1, 163 inc. 1 StPO.³²

El tenor de los §§160 inc. 1º y 161 inc. 1º StPO es especialmente ilustrativo. El §160 inc. 1º StPO señala que tan pronto la fiscalía tome conocimiento de la sospecha de un hecho punible, ya sea por denuncia u otro medio, debe tomar la determinación sobre la posibilidad de investigar los hechos. El §161 inc. 1º StPO sostiene que la fiscalía se encuentra facultada para exigir informaciones y para poder realizar investigaciones de todo tipo, ya sea por sí misma o a través de servicios y funcionarios del servicio de policía, siempre que dicha facultad no se encuentre regulada por una regla especial.

En esta lógica, los órganos de persecución penal se encuentran facultados para realizar medidas coercitivas como las siguientes: la solicitud de información a servicios públicos; la realización de observaciones discretas

31 En relación con la *sospecha inicial (Anfangsverdacht)* véase: MURMANN; Uwe: *Prüfungswissen*. p. 27; ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., pp. 320 s.; PETERS, Sebastian: “§ 152 márgen Nr. 35”. En: Kudlich, Hans (Editor), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*. Tomo 1, C.H. Beck, München, 2014 (en adelante MüKO-comentarista); GERKE, Björn: “§ 152 márgen Nr. 12”. En: Gercke, Björn, et al., *Heidelberg Kommentar Strafprozessordnung*. 6a. Ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019 (en adelante HK-StPO/comentarista); SCHMITT, Bertram: “§ 152 márgen Nr. 4”. En: Schmitt, Bertram/Köhler, Marcus, *Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung*. 61a. Ed., C.H. Beck, München, 2018 (en adelante Meyer-Goßner/comentarista).

32 LÖFFELMANN, Markus/WALTHER, Alexander/REITZENSTEIN, Robert: *Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren*. DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, 2007. pp. 61-65; KÜHNE, cit., pp. 263-265; HEFENDEHL, ROLAND: “Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§161, 163 StPO: Segen oder Fluch”. En: *Strafverteidiger*. Nr. 12/2001. Págs. 700-706; HILGER, HANS: “Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999 (StVAG 1999)- 1. Teil”. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Año 2000. pp. 561-564; VOLK, ENGLÄNDER, cit., p. 52 (ellos aluden al “principio de la libre configuración del procedimiento penal”).

y por breve plazo; la utilización de informantes y personas de confianza; la obtención de información en el vecindario; la toma de contacto a través de internet y en forma anónima, etc.³³

ii) Medidas coercitivas que solo pueden ser ordenadas en la medida que se cumplan los presupuestos de una autorización legal especial.

Si una medida coercitiva no se encuentra cubierta por la cláusula general de investigación, considerando especialmente la intensidad de la intervención que presupone, solo podrá ser ordenada y ejecutada si la ley concede una autorización especial (*spezielle Eingriffsermächtigung*). En términos concretos, por tanto, es necesario una regulación particular del legislador³⁴. Estas regulaciones especiales cuentan con una serie de patrones comunes cuyo conocimiento es importante para responder las preguntas que plantea el objeto de este trabajo. Las principales características las desarrollaremos brevemente en los apartados siguientes.

Las normas que regulan medidas coercitivas especiales establecen la competencia y legitimación para solicitar y ordenar este tipo de medidas. Esto lo pudimos observar claramente cuando tratamos estos aspectos en el punto II, 2, b) precedente, a los cuales nos remitimos. Sin perjuicio de ello, recordamos las ilustrativas palabras de Kühne, quien sostiene que mientras más invasiva sea la intervención de una medida de fuerza en la esfera de derechos individuales, más altos son los presupuestos referidos a la persona facultada para su ordenación³⁵.

Las medidas coercitivas especiales pueden exigir diferentes grados de sospecha. El nivel más bajo consiste en la sospecha inicial (*Anfangsverdacht*). Esto quiere decir, según una noción tipo, que las medidas coercitivas sólo podrían ser ordenadas si, según una experiencia criminalística, aparece

33 En estos términos véanse: VOLK, /ENGLÄNDER, cit., pp. 52 s.; MURMANN, cit., p. 205; MURMANN; Uwe: *Prüfungswissen*, p. 28 (“(...) la cláusula general de investigación solo autoriza intervenciones relativamente mínimas (...)”; HEFENDEHL, cit., p. 703; LÖFFELMANN, WALTHER, REITZENSTEIN, cit., pp. 63 s.

34 En este sentido consúltense: MURMANN, cit., pp. 206 s. Según este autor, los órganos de persecución penal no tienen autorización para sobrepasar la barrera de la “cláusula general de investigación”. Tampoco podrían sobrepasar los límites que fijan las autorizaciones legales especiales. En el mismo sentido, MURMANN; Uwe: *Prüfungswissen*, pp. 26-28; MüKO-Kölbel, “§ 161 margen Nr. 8”.

35 KÜHNE, cit., p. 267. También consúltense: ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 234; BEULKE, SWOBODA, cit., p. 165; KINDHÄUSER, SCHUMANN, cit., p. 50; VOLK, ENGLÄNDER, cit., p. 53.

como posible la existencia de un hecho punible³⁶. Esto contrasta con otros dos niveles diferentes de sospecha: el grado de sospecha suficiente (*hinreichender Tatverdacht*) y el grado de sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*). Estos grados de sospecha son especialmente relevantes cuando se piensa en la proporcionalidad de determinadas medidas coercitivas particulares que tienen como consecuencia intervenciones intensas en los derechos fundamentales de los afectados³⁷.

El grado de sospecha suficiente es equivalente a aquél nivel de sospecha que exige el tribunal para ordenar la realización del juicio, una vez que la fiscalía ha decidido presentar su acusación (§§170 inc. 1, 203 StPO). El grado de sospecha vehemente, según explica Murmann, corresponde a una “alta probabilidad de que el imputado ha cometido un hecho punible”³⁸. El grado de sospecha vehemente es el nivel de sospecha más alto en contra del imputado, naturalmente, antes de la dictación de la decisión definitiva. En el marco del procedimiento penal la *sospecha vehemente* es un nivel que autoriza la privación de libertad personal del imputado a través de la prisión preventiva (§112 inc. 1 StPO) o, en su caso, su internación para la preparación de un informe pericial (§81 Abs. 2 StPO).³⁹

Como tercera particularidad debe destacarse que existen medidas coercitivas especiales que sólo pueden ser ordenadas a propósito de la investigación referida a determinados hechos punibles “de considerable significado”. Estas disposiciones pueden ser reconocidas porque normalmente contienen un catálogo de hechos punibles respecto de los

36 Nos remitimos a toda la literatura citada en la nota al pié Nr. 31.

37 KÜHNE, cit., p. 227.

38 En estas explicaciones consultamos a MURMANN, Uwe: *Prüfungswissen*. p. 27; ROXIN, SCHÜNEMANN, cit., p. 321; SCHROEDER, VERREL, cit., p. 43; KÜHNE, cit., p. 227; LOHNER, Erwin: *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren. Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachtsfeststellung*. Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 1994. pp. 61-65; LÖFFELMANN, WALTHER, REITZENSTEIN, cit., p. 28; WALTHER, Alexander: “§ 170, márgen Nr. 4”. En: Krekeler, Wilhelm/Löffelmann, Markus/ Sommer, Ulrich (Hrsg.), *Anwaltkommentar Strafprozessordnung*. 2a. Ed., DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, 2010 (en adelante: AnwK/comentarista); KRAUß, Matthias: “§ 112 márgen Nr. 9”. En: Graf, Jürgen Peter (Hrsg.), *Strafprozessordnung*. 3a. Ed., C.H. Beck, München, 2018 (en adelante: GrafKO-comentarista); Meyer-Goßner/Schmitt: “§ 112 márgen Nr. 5”.

39 En este sentido también SCHROEDER, VERREL, cit., p. 43; VOLK, ENGLÄNDER, cit., p. 56; BEULKE, SWOBODA, cit., p. 153.

cuales serían aplicables.⁴⁰ De las medidas coercitivas que precedentemente hemos mencionado pueden destacarse como ejemplos, la investigación encubierta (§100a inc. 1 StPO); la vigilancia de las telecomunicaciones (§100a StPO); el registro on-line (§100b StPO); las escuchas domiciliarias (§100c StPO); las medidas de investigación técnica de los aparatos telefónicos móviles (§100i StPO); etc.

Existen medidas coercitivas –como cuarta particularidad-, que contienen una denominada cláusula de subsidiaridad. Esto significa que la medida coercitiva solo puede ser ordenada cuando, de preferirse una medida menos invasiva, la consecución de sus fines se vería dificultada o ésta perdería en sí toda perspectiva de éxito⁴¹. Esta manifestación del principio de proporcionalidad⁴² puede reconocerse en los mismos ejemplos de medidas coercitivas particulares mencionadas en el párrafo precedente y que corresponden a los §§100a; 100b; 100c y 100i StPO.

III. ¿MEDIDAS COERCITIVAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COMO MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES O COMO DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN?

1. Las medidas coercitivas en sentido amplio y su imposibilidad de asimilación

Un primer punto de vista podría consistir en asumir como adecuada la propuesta de Schroeder, e intentar trabajar con base en una concepción amplia de las medidas coercitivas, según la cual, estas medidas tendrían un carácter multifuncional, pudiendo servir, en síntesis, una función de investigación, de aseguramiento y de prevención de nuevos hechos punibles⁴³. El problema, es que trabajando a este nivel de abstracción, no podría construirse ningún puente teórico que conecte a América Latina con Alemania. A lo sumo, podríamos pensar que solo la reunión teórica de nuestras diligencias de investigación con las medidas cautelares personales podrían tener la escala suficiente para representar la magnitud de un concepto alemán que se nos presenta tan grande como un caballo de troya.

40 Véanse KÜHNE, cit., p. 273; MURMANN, cit., pp. 211-214; RIEß, Peter: “Die ‚Straftat von erheblicher Bedeutung‘ als Eingriffsvoraussetzung. Versuch einer Inhaltsbestimmung”. En: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2004. pp. 623 y ss.

41 En este sentido: KÜHNE, cit., p. 273; MURMANN, cit., pp. 208-211.

42 Consúltense nuevamente: KÜHNE, cit., pp. 265-267; MURMANN, cit., p. 208.

43 *Supra II, I*. Véase la literatura citada en la nota al pie Nr. 15.

Las medidas coercitivas no podrían asimilarse a las medidas cautelares personales, pues ellas, por principio, solo pueden servir una función de aseguramiento procesal. Si ellas fueran utilizadas en una función y/o con una finalidad investigativa, como la deleznable práctica que insta por la pronta privación de libertad del imputado, dando inicio a una secuencia que continúa con el quebrantamiento de su voluntad, la confesión y el término del caso a través de fórmulas de justicia negociada, no quedaría más remedio que calificar semejante despropósito como una medida cautelar apócrifa, clandestina y por ende, antijurídica.⁴⁴

En sentido inverso, lo propio de las diligencias de investigación consiste en la obtención de antecedentes, con los cuales -entre otros- puedan adoptarse decisiones en el marco del procedimiento de investigación, y en general, en el procedimiento penal; o bien, si la fiscalía o la ley así lo determinan, puedan probarse en el juicio las imputaciones contenidas en la acusación. La necesidad de evitar el peligro de fuga, el de oscurecimiento, o el de comisión de nuevos hechos punibles, forma parte del lenguaje de la prisión preventiva. No es, en cambio, el caso de las diligencias de investigación⁴⁵.

2. Las medidas coercitivas en sentido restringido como diligencias de investigación en el procedimiento penal.

a) El enfoque restringido

Aunque la postura alemana precedente constituya un vistoso ejercicio en términos de sistematización, según señalamos, no nos parece el nivel adecuado donde encontrar respuestas a la pregunta que se nos plantea, a saber, si éstas tienen un símil mayor con nuestras diligencias de investigación o con las medidas cautelares personales. No nos parece convincente buscar la respuesta en cúspides tan altas, donde aquello que se dice como propio de las funciones de las medidas coercitivas, podría también

44 Véase referido a la prisión preventiva alemana y las *causales apócrifas* de prisión preventiva: NORDHUES, Elmar: *Untersuchungshaft im Spannungsverhältnis von Recht und Praxis*. Josef Eul Verlag. Köln, 2013. pp. 56, 61 s.; HERRMANN, David: *Untersuchungshaft*. ZAP Verlag, Münster 2008. pp. 211 s.; EIDAM, Lutz: "Zur Selbstverständlichkeit von Rechtsbrüchen beim Vollzug von Untersuchungshaft". En: *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*. Ausgabe 5/2008. p. 243.

45 Sobre ambas figuras véase *Supra I* y consúltese la literatura citada en las notas al pie Nr. 1 y 2.

terminar predicándose de otras nociones, generando más problemas que soluciones. Piénsese que también podría decirse que, un procedimiento de investigación criminal, en sí, podría cumplir las funciones de investigación, aseguramiento y prevención de hechos punibles⁴⁶.

Es cierto que todas las medidas coercitivas, en un sentido amplio, suponen una injerencia en los derechos fundamentales. En nuestra opinión, sin embargo, esta constatación debe ser tomada solo como un punto de partida. Un enfoque más estricto, luego, debería orientarse a comprender y establecer patrones comunes entre las diferentes y casi inabarcables figuras particulares de este sector de la justicia penal. Este debería ser precisamente el trabajo de la ciencia procesal, tratar de comprender la forma en que opera esta riquísima región. No, en cambio, hacerla invisible. Éste, para nosotros, no sólo es el enfoque correcto, sino que también, el que podría contribuir a resolver el problema sobre la comprensión y asimilación de las medidas coercitivas alemanas en el medio iberoamericano.

b) La equivalencia con las diligencias de investigación

Si se presta atención a los indicios que se han venido dando, y aceptamos que, en un sentido restringido, las medidas coercitivas se orientan por la función de obtención de antecedentes o medios de prueba, nos daríamos cuenta que ella, como figura procesal, sería capaz de captar y de representar a la gran mayoría de las medidas particulares en que se piensa cuando en Alemania se trabaja con el rótulo de medidas coercitivas⁴⁷.

46 De hecho el propio Schroeder deduce que, a partir del análisis funcional de las medidas coercitivas, *el procedimiento penal*, tendría como función la investigación, el aseguramiento de la prueba, el establecimiento de los presupuestos procesales, el aseguramiento de la realización del procedimiento, el aseguramiento de la ejecución y la prevención de hechos punibles. Así en: SCHROEDER, “*Eine funktionelle Analyse (...)*”, cit, pp. 1032 s.

47 En clave de obtención de antecedentes y/o medios de prueba quedan perfectamente captadas, entre otras, las siguientes medidas particulares: la observación permanente (§163f StPO); el examen corporal del imputado y toma de muestras de sangre (§81a StPO); análisis de ADN (§§81e-f StPO); la toma de fotografías y de huellas digitales (§81b StPO); el examen corporal de terceros (§81c StPO); la custodia y la incautación o secuestro (§94 StPO); diversas medidas relacionadas con la vigilancia de las telecomunicaciones (§§100a; 100g; 100i; 100j; 100b StPO); registro de la persona del imputado o su vivienda (§102 StPO); las medidas para determinación de la identidad de un sospechoso (§163b StPO); la utilización de medios técnicos de observación fuera de la vivienda (§ 100h StPO); la vigilancia acústica fuera de la vivienda (§§ 100f; 100c StPO); la utilización de agentes encubiertos (§110a StPO), etc. Véase este mismo listado

En la misma dirección, nos daríamos cuenta que aquello que se menciona como funciones de aseguramiento y de prevención de hechos punibles, en rigor, y sin perjuicio de medidas residuales, puede reconducirse a las funciones propias de una sola medida particular: la prisión preventiva, que en Alemania, en nuestra opinión, constituye el equivalente funcional de las medidas cautelares personales.

Conforme a esta propuesta teórica, la noción amplísima de medidas coercitivas podría ser perfectamente dividida en dos regiones: las medidas coercitivas en sentido restringido y la prisión preventiva alemana. Esto es lo que sucede, en cierta medida, en los manuales de Beulke/Swoboda⁴⁸ y Kindhäuser/Schumann⁴⁹, cuando, sin daño para la ciencia jurídica alemana, han tratado ambos tipos de medidas en capítulos diferentes⁵⁰.

En esta misma dirección se manifiestan las características que hemos señalado precedentemente. Recuérdese que las medidas coercitivas se encuentran estrechamente vinculadas con la sospecha inicial sobre un determinado hecho punible que la fiscalía y la policía tienen el deber de investigar. Será este el minuto en que entrará en consideración la pregunta, sobre si una medida particular de persecución penal tiene cobertura y justificación en la cláusula general de investigación (§§160 inc. 1°, 161 inc. 1° StPO) o, en su caso, en una disposición legal especial (medidas de investigación particulares).

Es, en relación con el problema de elegir la medida investigativa más adecuada, en que los diferentes grados de sospecha y las cláusulas de subsidiaridad que pudieran estar comprometidas, pueden tener la última palabra. Por otra parte, la decisión de conceder legitimación a las propias fiscalías para que, en caso de peligro en la demora puedan ordenar medidas investigativas⁵¹, está en directa relación con las dinámicas prácticas de una investigación criminal, cuestión que de paso explica, por qué pueden verse afectados diversos derechos fundamentales de un imputado y/o de terceros.

y su desarrollo en extenso en: BEULKE, SWOBODA, cit., pp. 165 y ss. En el mismo sentido: VOLK, ENGLÄNDER, cit., pp. 121 ss.; KINDHÄUSER, SCHUMANN, cit., pp. 85 y ss.

48 BEULKE, SWOBODA, cit., pp. 152 y ss.

49 KINDHÄUSER, SCHUMANN, cit., pp. 130 y ss.

50 Esto no implica que los autores mencionados estén de acuerdo con las ideas que se exponen en este trabajo. La división que realizan en sus textos podrían obedecer a otro tipo de razones, las cuales no se expresan.

51 Cuestión que el autor de este artículo en principio no comparte.

La prisión preventiva alemana, en términos cualitativos, solo ocupa un espacio particular y concreto dentro de las medidas coercitivas en un sentido amplio. Tal como lo harían las medidas cautelares. Debido a que la prisión preventiva no puede servir una función de investigación ni tampoco ser coadyuvante de investigaciones criminales, no puede sostenerse que ella parta de la base de una “cláusula general de investigación”. Tampoco puede establecerse un vínculo directo con el deber de investigar de la fiscalía y la policía.

Por el contrario, el fundamento de la prisión preventiva transita por los caminos de la necesidad de asegurar la realización del juicio y, legislativamente, –contra la fuerte y justificada crítica de la doctrina– por la aspiración de obtener fines preventivos. Por lo tanto, si bien la prisión preventiva supone formalmente la privación del derecho fundamental de la libertad personal, no puede desconocerse que se trata de una medida que es distinta a las medidas coercitivas en un sentido restringido.

Finalmente, valga considerar también, que la prisión preventiva alemana, en concurso con los tipos de detenciones y las medidas alternativas a la prisión preventiva, podría formar su propio sistema autónomo y ubicarse en su centro. Todo lo anterior, a través de sus propios presupuestos, sus propias cláusulas de subsidiaridad internas, y su propia legitimación y procedimiento para ser solicitada y ordenada judicialmente.

IV. CONCLUSIONES

Las preguntas formuladas al inicio del artículo pueden ser respondidas del modo siguiente:

1. Las medidas coercitivas en el procedimiento penal alemán, en un sentido amplio, pueden entenderse como un conjunto de medidas procesales penales reconocidas en la ley, que autorizan la intervención en los derechos fundamentales del imputado y/o de terceros, con miras a obtener la satisfacción de fines procesales consistentes en el eficaz desarrollo de la investigación y el aseguramiento procesal. Con fuerte y justificada crítica de la doctrina, pero a partir de la realidad legislativa, tendría que mencionarse también la orientación a satisfacer fines preventivos.

2. En otra acepción, y aún a riesgo de imprecisiones, la noción amplia de medidas coercitivas podría ser teóricamente dividida en medidas coercitivas en un sentido restringido y en prisión preventiva. Las medidas coercitivas en sentido restringido pueden ser asimiladas a las diligencias

de investigación, esto es, figuras procesales penales que se orientan a la obtención de antecedentes o medios de prueba referidos a un hecho punible.

3. Las funciones de aseguramiento y de prevención de hechos punibles, en rigor, y sin perjuicio de figuras particulares residuales, pueden reconducirse a las funciones propias de una sola medida particular: la prisión preventiva, que en Alemania, constituye el equivalente de las medidas cautelares personales.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILAR, ARANELA, Cristián: *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2014.

AMBOS, Kai: “Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität”. En: *Juristische Ausbildung*, 2003.

AMELUNG; Knut: “Die Entscheidung des BVerfG zur ‘Gefahr im Verzug‘ i.S. des Art. 13 II GG“. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft. 7/2001.

_____ : *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*. Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*. 10a. Ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

BEULKE, Werner/SWOBODA: Sabine, *Strafprozessrecht*. 14a. Ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

CASTRO JOFRÉ, Javier: *Manual de Derecho procesal penal*. Editorial Libromar, Santiago, 2017.

DURÁN FUICA, Rodrigo: *Medidas cautelares personales en el proceso penal*. 2a. Ed., Librotecnia, Santiago, 2007.

DUTTGE, Gunnar: *Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozessrecht*. Nomos, Baden-Baden, 1995.

EIDAM, Lutz: “Zur Selbstverständlichkeit von Rechtsbrüchen beim Vollzug von Untersuchungshaft”. En: *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, Ausgabe 5/2008, S.

Disponible en: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/08-05/hrrs-5-08.pdf>

Fecha de última consulta: 11.07.2020

GERCKE, Björn; JULIUS, Karl-Peter; TEMMING, Dieter; ZÖLLER, Mark A. (Editores): *Heidelberg Kommentar Strafprozessordnung*. 6a. Ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “Lección séptima. El procedimiento preliminar: los actos de investigación”; “Lección octava. Los actos de investigación no garantizados” y “Lección décima. Los actos de investigación garantizados (II)”. En: Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia; Esparza Leibar, Iñaki; Etxeberria Guridi, José F.: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*. 25a. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GRAF, Jürgen Peter (Hrsg.): *Strafprozessordnung*. 3a. Ed., C.H. Beck, München, 2018.

HEFENDEHL, ROLAND: “Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§161, 163 StPO: Segen oder Fluch”. En: *Strafverteidiger*, Nr. 12/2001.

HEGHMANN, Michael/SCHEFFLER, Uwe (Editores): *Handbuch zum Strafverfahren*. C.H. Beck, München, 2008.

HENKEL; Heinrich: *Strafverfahrensrecht*. 2a. Ed., W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968.

HERRMANN, David: *Untersuchungshaft*. ZAP Verlag, Münster 2008.

HILGER, HANS: “Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999)- 1. Teil”. En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, año 2000.

HORVITZ LENNON, María Inés: “Procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública”. En: Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003.

KINDHÄUSER, Urs/ SCHUMANN, Kay: *Strafprozessrecht*. 5a. Ed., Nomos, Baden-Baden, 2019.

KUDLICH, Hans (Editor): *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*. Tomo 1, C.H. Beck, München, 2014.

KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*. 9a. Ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2015.

KREKELER, Wilhelm/ LÖFFELMANN, Markus/ SOMMER, Ulrich (Hrsg.): *Anwaltkommentar Strafprozessordnung*. 2a. Ed., DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, 2010.

LÖFFELMANN, Markus/ WALTHER, Alexander/ REITZENSTEIN, Robert: *Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren*. DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, 2007.

LOHNER, Erwin: *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren. Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachtsfestellung*. Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 1994.

LÓPEZ MASLE, Julián: “La prueba”. En: Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián: *Derecho procesal penal chileno*. Tomo 2, Santiago, 2005.

_____ : “Las medidas cautelares en el proceso penal”. En: Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián: *Derecho procesal penal chileno*. Tomo 1, Santiago, 2003.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Nr. 1, Santiago, 2002.

Disponibile en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/14971/15410>

Fecha de última consulta: 14.07.2020.

MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl: *Derecho procesal penal*. Tomo 1, 2a. Ed., AbeledoPerrot/ Thomson Reuters, Santiago, 2012.

MURMANN; Uwe: *Prüfungswissen Strafprozessrecht*. 4a. Ed., C.H. Beck, München, 2019.

_____ : “Über den Zweck des Strafprozesses”. En: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2004.

NEUMANN; Ulfrid: “Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren“. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989.

NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal III (Proceso penal)*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

NORDHUES, Elmar: *Untersuchungshaft im Spannungsverhältnis von Recht und Praxis*. Josef Eul Verlag, Köln, 2013.

PÉREZ DAZA, Alfonso: *Código Nacional de Procedimientos penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2016.

RANFT, Otfried: *Strafprozeßrecht*. 3a. Ed., Richard Booberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2005.

RIEß, Peter: “Die ‘Straftat von erheblicher Bedeutung’ als Eingriffsvoraussetzung. Versuch einer Inhaltsbestimmung”. En: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2004.

ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*. 29. Ed., C.H. Beck, München, 2017.

ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto s.r.l., 2000. (Trad. Córdoba, Gabriela E.; Pastor, Daniel R.).

SCHROEDER, Friedrich-Christian/VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*. 7a. Ed., C.H. Beck, München, 2017.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: “Die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten als Anwendungsvoraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen”. En: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2005.

_____: “Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel”. En: *Juristenzeitung*, 1985.

SCHMITT, Bertram/ KÖHLER, Marcus: *Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung*. 61a. Ed., C.H. Beck, München, 2018.

WOLTER, Jünger: “Allgemeiner Überblick über Ermittlungsmaßnahmen und Verfahrenssicherung”. En: ALBIN, Eser/ KAISER, Günther/ WEIGEND, Ewa (Editores): *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Max-Planck- Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 1991.

VOLK, Klaus: *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 7a. Ed. alemana por Nanzer, Alberto; Núñez, Noelia T.; Pastor,

Daniel R.; Sarrabayrouse, Eugenio; Editorial Hammurabi/ Cedpal, Buenos Aires, 2016.

VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*. 9a. Ed., C.H. Beck, München, 2018.

ZACZYK, Rainer: “Strafjustiz oder Präventivjustiz?”. En: Fahl, Christian/ Müller, Eckhart; Satzger, Helmut y Swoboda, Sabine (Editores): *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015.

EL DAÑO MORAL DE LOS DUEÑOS POR ATAQUES EN SUS MASCOTAS

THE MORAL DAMAGE OF OWNERS FROM ATTACKS ON THEIR PETS.

DAVID ALEJANDRO RODRÍGUEZ GUERRA*

Resumen

Las normas jurídicas que regulan a las mascotas y animales de compañía se encuentran en el Código Civil, en la ley sobre protección animal y en la ley de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía. De acuerdo a esta última, para que una mascota sea tal, debe cumplir la finalidad de acompañar y dar seguridad a su dueño. De dichas finalidades se deriva que las mascotas pueden ser considerados bienes con valor de afección para él. Sin embargo, estas características no modifican su régimen jurídico, de manera que seguirían siendo bienes, por ello, no pueden sufrir daño moral. Quien sufriría un daño moral sería siempre su dueño, ya que las mascotas formarían parte del patrimonio de este último.

Palabras clave

Mascotas, bienes, valor de afección, daño moral.

Abstract

The legal regulations that rule pets and companion animals are found in the Civil Code, in the animal protection law and in the responsible pet and companion animal's holding law. According to the latter, for a pet to be such, it must fulfill the purpose of accompanying and providing security

to its owner. From such purposes it is derived that pets can be considered goods with a value of affection for him. However, these characteristics do not change their legal status, so they would still be goods, that means that they cannot suffer moral damage. The person who would suffer moral damage would always be the owner, since pets would be part of the owner's patrimony.

Keywords

Pets, goods, value of affection, moral damage

I. INTRODUCCIÓN

Las mascotas se han transformado en seres bien apreciados por los humanos, y aquello se ha intensificado en el último tiempo. No son pocos los que aman a sus mascotas más que a cualquier cosa y tampoco son pocos los que los consideran miembros de sus respectivas familias, es decir, miembros no humanos de la familia¹.

Lo anterior no debiera resultar extraño toda vez que la característica fundamental de una mascota es que provee compañía y seguridad a los humanos, de manera tal que son cosas que con el tiempo han logrado posicionarse como bienes con alta valoración social², al menos, más alta que cualquier otra cosa.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar si esta alta valoración social de la que gozan las mascotas puede traducirse en que si un ataque en ellos produce un daño moral indemnizable para su dueño.

Artículo recibido para su evaluación el 10 de mayo de 2020, y aprobado para su publicación el 20 de julio de 2020.

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Civil Patrimonial Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Email: David.rodriguez@mail.udp.cl.

1 DÍAZ VIDELA, Marcos: "El miembro no humano de la familia: las mascotas a través del ciclo vital familiar". En: *Revista Ciencia Animal*, N° 9, 2015. pp. 83-98.

2 Cabe destacar que esta alta valoración social no tan solo proviene de la compañía y seguridad, sino que de otras actividades que involucran animales y mascotas, como el uso terapéutico. Ver más en JOFRÉ M, Leonor: "Visita terapéutica de mascotas en hospitales". En: *Revista Chilena de Infectología*, Vol. 22, 2005. pp. 257-262; LÓPEZ, J, PEÑA, A, ABARCA, K: "Tenencia de mascotas en pacientes inmunocomprometidos: actualización y consideraciones veterinarias y médicas". En: *Revista Chilena de Infectología*, Vol. 30, N°3, 2013. pp. 52-62.

Para cumplir con dicho objetivo se analizará el régimen jurídico de animales y mascotas, exponiendo su tratamiento normativo en el Código Civil, en la Ley N° 20.380 sobre protección de animales y en la Ley N° 21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía; se estudiará si son cosas con contenido pecuniario o económico estricto o si por el contrario son bienes con valor de afección; y finalmente, se estudiará si las mascotas pueden reclamar un daño moral propio o si, por el contrario, siempre es el dueño la víctima directa del daño. Para analizar todo estos puntos, se tomará como base de análisis un fallo dictado por un Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago que se pasará a exponer a continuación.

II. ANTECEDENTES DE UN CASO

Un Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago³, conoció en primera instancia de la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por la demandante, la cual se fundó en que, con fecha 23 de junio se encontraba paseando a su perra de raza Schnauzer llamada “Olivia” de seis años de edad, junto con un acompañante, en las calles Gertrudis Echeñique con Renato Sánchez, en el barrio El Golf, cuando durante su paseo, la perra de la demandada, que es de la misma raza pero de tamaño mediano y por consiguiente más agresiva, corrió aceleradamente directo hacia ellos mordiendo fuertemente a Olivia, hiriéndola gravemente en una de sus patas traseras. Alega que la perra estaba con arnés y correa pero sin que su dueña estuviese controlándola, quien al llegar dijo “habérsele soltado”. La demandante indica que su acompañante tuvo que levantar en sus brazos a Olivia, ya que de no haberlo hecho, la perra de la demandada la habría matado. Hace presente que Olivia es una mascota que vive en un departamento, por lo que carece de habilidades necesarias para poder enfrentarse en una pelea frente a otros perros. Atendidos los hechos relatados, la demandante exige el pago de los perjuicios causados contemplando el daño emergente correspondiente a los gastos veterinarios y el daño moral avaluado en un millón de pesos. Para puntualizar lo anterior, pide tener presente que el hecho de que una mascota que los ha acompañado durante más de seis años sea brutalmente atacada por un animal fiero, es un hecho traumático, al punto que ha ocasionado en la mascota un episodio de afectación general, pero, además, una afectación

3 Vivanco con Nazal (Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de septiembre de 2019, Rol N° 13-2018).

en el núcleo familiar de sus dueños, en el entendido que se encuentran limitados en la actualidad para pasearla (tiene pánico de salir a la calle y sociabilizar con otros animales), y por presentar problemas conductuales derivados del ataque.

La demandada contestó la demanda, indicando que, en lo esencial, efectivamente su perra mordió a la perra de la demandante y le causó una herida en una de sus patas. Expone que con fecha 23 de junio de 2018 sacó a pasear a su perra llamada “Mica”, una Schnauzer de mediano porte, y se detuvo a conversar con una conocida en la esquina de Gertrudis Echeñique con Renato Sánchez, teniendo a su perra sujeta de la correa. De improviso su perra se desató violentamente de su mano, cruzando en forma oblicua a la calle y se lanzó contra la perra de la demandante sin que pudiera evitarlo. Pese a sus disculpas, la demandante estaba muy alterada y no le permitió mayor diálogo. Indica que tiene el propósito de pagar los daños causados por la responsabilidad que pudiere haberle por los hechos ocurridos, sin embargo, discrepa absolutamente del monto reclamado a título de daño moral, de manera que fijó dicha indemnización en un monto no superior a cien mil pesos.

El Ministro de Fuero acogió la demanda en todas sus partes. Declaró que es un hecho no controvertido que el día 23 de junio de 2018, mientras la demandante paseaba a su perra de raza Schnauzer en las calles Gertrudis Echeñique con Renato Sánchez, una perra de su misma raza propiedad de la demandada, corrió a hacia su perra logrando morderla causándole una herida en una pierna. Junto con aquello, el Ministro trajo a la vista copia autorizada del expediente Rol 15-347-2018 del Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes en la que se conoció la parte infraccional de los hechos que motivaron la demanda, en la que con fecha 31 de enero de 2019, se dictó sentencia por la que se acogió la denuncia infraccional y se condenó a la demandada al pago de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales por la infracción al artículo 10 de la ley 21.020 al no dar cumplimiento a la Ordenanza Municipal de Las Condes sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía en su artículo 15 N° 9, por mantener suelta a su mascota en la vía pública. Así mismo recurrió al artículo 13 de la referida ley, el que establece que “Todo responsable de un animal regulado en esta ley responderá siempre civilmente de los daños que se causen por acción del animal, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda”, resultando plenamente aplicable el inciso primero del artículo 2326 del Código Civil.

De los dichos de tres testigos legalmente interrogados, sin tachas y contestes, se tuvo por acreditado que Olivia es una perrita inserta en un grupo familiar humano, como una mascota querida, tratada no como una cosa sino como un miembro importante del entorno familiar, bien cuidada en cuanto se facilitan frecuentes paseos y de aspecto alegre, lo que cambió luego del ataque.

En virtud de lo anterior y considerando que la demandada reconoció que su perra se le soltó y atacó a la perra de la demandante y mostrándose dispuesta a pagar los daños causados por la responsabilidad que pudiera caberle, el Ministro tuvo por acreditado que la demandada fue negligente en el cuidado de su animal, permitiendo en forma culposa que aquel mordiere y causare lesiones a la mascota de la demandante.

En cuanto al daño emergente, la demandada no controvertió el monto, de manera que el Ministro de Fiero agregó a los hechos no controvertidos que el daño emergente producto de la atención y curaciones a Olivia asciende a \$56.500 y se acogió dicha pretensión. En cuanto al daño moral, el Ministro consideró que dada la intensidad del afecto y haber sentido los días posteriores una intensa aflicción psicológica que se tradujo en una inseguridad para hacer nuevamente con ella cosas cotidianas como darle paseos, acogió dicha pretensión, avaluando discrecionalmente su monto en un millón de pesos.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES Y MASCOTAS

Para poder analizar correctamente la indemnización del daño moral del dueño por ataques a su mascota, primero debe despejarse el régimen jurídico de estos. La legislación nacional contempla normas que hacen referencia a la definición de los animales y mascotas. En torno a ellos podría decirse que existe una dispersión normativa. Esta dispersión implica la revisión de, a lo menos, tres cuerpos normativos. Por una parte los animales se encuentran regulados en el Código Civil (en adelante “el Código”); por otra parte, en la Ley sobre protección de animales; y finalmente en la Ley sobre tenencia de responsables de mascotas y animales de compañía.

En lo que respecta al Código, el artículo 566 expresa que “Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles”. El artículo siguiente manifiesta que “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa,

como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570”. Esta última norma establece en su inciso primero que “Se reputan inmuebles, aunque por naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento”, y en su inciso final establece que son inmuebles por destinación “Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas, y cualesquiera otros vivares, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo, o de un edificio”.

Por lo tanto, de las normas citadas se infiere claramente que para la legislación nacional los animales son cosas, ya sea muebles semovientes o inmuebles por destinación, si están destinados al uso, cultivo o beneficio de un predio. Lo relevante es quedarnos con el concepto de cosa.

El Código, a su vez, clasificó y distinguió entre distintos tipos de animales y los agrupó en tres categorías. Estas categorías se encuentran desarrolladas en el artículo 608, norma que se refiere a la forma de adquirir ocupación. El artículo 608 expresa que “Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas; y domesticados los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre”.

De las normas antes transcritas parece inferirse que tan solo los animales domésticos o domesticados pueden ser inmuebles por destinación, mientras que los bravíos o salvajes siempre serán muebles semovientes. Aquello porque, por definición, los animales salvajes viven independientes del hombre, por lo que difícilmente podrán servir al uso, cultivo o beneficio de un predio. En caso de que el animal salvaje efectivamente sea usado con esa finalidad, lo convertirá, por definición, en un animal domesticado. Con todo, que un animal salvaje por naturaleza sea domesticado, no implica que este, por ese solo hecho, sirva de beneficio al predio. El artículo 2327 es claro en expresar la posibilidad de que un animal fiero pueda no servir a un predio. Este último artículo, junto con el 2326 del Código Civil, aparecen a propósito de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. En específico, aparecen como una de las tres formas tradicionales de clasificación de las

presunciones de culpa, es decir, son normas que regulan la presunción de culpa por el hecho de las cosas⁴.

De manera tal que todas las normas del Código parecen apuntar a que los animales, cualquiera sea su clasificación y naturaleza, son cosas.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, el Código Civil no es el único cuerpo normativo que se refiere a los animales. Se han dictado dos leyes cuya finalidad precisa fue regular a estas cosas. Estas leyes son la Ley N° 20.380 sobre protección de animales y la más reciente Ley N° 21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía.

En la Ley sobre protección de animales, en su artículo 1° se expresa que “Esta Ley establece normas destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios”. Esta Ley no modifica al Código Civil, de manera tal que los animales siguen siendo cosas y se siguen sometiendo a las clasificaciones ya expresadas. Si bien no cambia su estatus jurídico, de acuerdo a la Ley, los animales ya no son meramente cosas que pueden moverse solas, sino que son seres vivos que forman parte de la naturaleza, los cuales merecen un trato adecuado y sobre los que cabe evitar provocarles sufrimientos innecesarios. Por tanto, existe un reconocimiento legal expreso a que los animales son cosas vivas que pueden sufrir.

Por su parte, la Ley sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía contempla, en su artículo 2°, una norma definitoria de la que se extraen diez definiciones. De tal manera, el artículo 2° número 1° expresa que “Para efectos de esta ley, se entenderá por: 1) Mascotas o animales de compañía: aquellos animales domésticos, cualquiera sea su especie, que sean mantenidos por las personas para fines de compañía o seguridad. Se excluyen aquellos animales cuya tenencia se encuentre regulada por leyes especiales”.

Varias cosas cabe inferir de esto. Primero, solo los animales domésticos pueden ser mascotas. No los salvajes. No los domesticados. Por tanto, en conformidad al artículo 608 del Código, solo son mascotas los animales que viven ordinariamente bajo el imperio del hombre, como ovejas y gallinas y que no sean bravíos por naturaleza. Segundo, la calificación de mascota está supeditada a una finalidad, acompañar o dar seguridad al humano que

4 CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. 2ªed. Actualizada. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2013. pp. 245-246.

ejerce imperio sobre ellos. Por tanto, un animal doméstico que no provee compañía ni seguridad, no es una mascota. Tercero, todas las mascotas son animales, pero no todos los animales son mascotas. Existe por tanto, una relación género – especie entre animales y mascotas, de forma tal, que las mascotas son una especie de animal. Cuarto, las mascotas, al ser animales, son seres vivos que forman parte de la naturaleza y merecen un trato adecuado y debe evitarse provocarles sufrimientos innecesarios. Quinto y final, las mascotas, al ser animales, son cosas. Sin embargo, su finalidad no es prestar servicio al predio, sino, dar compañía y seguridad al humano, por ende, es una cosa mueble semoviente. No inmueble por destinación. Cabe destacar, sin embargo, que dudas pueden existir en torno a mascotas que cumplan ambas funciones, acompañar y servir al predio. En mi parecer, dicho dilema se resuelve en virtud del principio de especialidad⁵. La Ley sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía es una norma especial en contraste con el Código, que es la general. En virtud de aquello, si un animal sirve al predio pero al mismo tiempo, acompaña y protege a su dueño, es un animal especial, en el sentido de que es un animal especializado en acompañar y proteger, y es aquella especialidad la que debe tomarse en cuenta al momento de clasificarlo como mueble o inmueble. Esto porque será un animal que de forma general sirve al predio, pero de forma especial acompaña y protege. De manera tal, que en mi parecer, al ser un animal especializado, debe ser clasificado en virtud de aquello que lo hace especial, por tanto, debe ser considerado mueble semoviente. En otros términos, su especialidad deroga su generalidad⁶.

-
- 5 Si un animal tiene la función de acompañar y proteger a su dueño y a la vez sirve al predio, nos encontramos con una inconsistencia de normas, ya que dos de ellas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. En este caso el Código Civil y la Ley de tenencia responsable de mascotas son incompatibles, ya que para el Código la mascota sería un inmueble por destinación y para la Ley de tenencia responsable sería un mueble semoviente. De acuerdo a Carlos Nino citando a Alf Ross, esta sería una inconsistencia total-parcial, puesto que existen animales domésticos que solo sirven al predio, por ende no serían mascotas y serían inmuebles por destinación; existen animales domésticos que no sirven al predio y solo dan compañía y seguridad, por ende serían mascotas muebles semovientes; finalmente existen animales domésticos que sirven al predio y proveen compañía y seguridad, y es en este caso existe una incompatibilidad normativa. Carlos Nino manifiesta que “El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general” en NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Ampliada y revisada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003. pp. 274-275.
- 6 Al respecto Norberto Bobbio manifiesta que el criterio de resolución de antinomias *lex specialis* “es aquel con base en el cual de dos normas incompatibles, la una general y la

Junto con el concepto de cosa, se encuentra el concepto de bien. Ya sabemos que las mascotas son cosas pero ¿son bienes? Se ha dicho que “entre las cosas y los bienes existe una relación de género a especie; bienes son las cosas que prestando una utilidad para el hombre, son susceptibles de apropiación; también se ha exigido que estén apropiadas”⁷. Respecto de la utilidad, Peñailillo ha manifestado que “si se asimila a la valoración económica, según se ha visto, es exigida por algunos ya en la cosa; dicha utilidad también presenta características de subjetividad y de relatividad que sería necesario determinar en cada caso concreto”⁸. De las normas del Código, es posible inferir que los animales pueden prestar una utilidad económica al hombre si estos son domésticos o domesticados, ya que estarían bajo el imperio del hombre y este podría sacarles utilidad económica. Por ejemplo si un animal doméstico se destina al uso del predio o uno salvaje domesticado se utiliza en un circo. De tal manera que si la utilidad es eminentemente económica, los animales bravíos o salvajes que existen libres e independientes, serían considerados cosas y no bienes. Misma conclusión se le aplicaría a las mascotas. Como se ha expuesto, la utilidad de las mascotas radica en su capacidad de proveer compañía o seguridad, lo que no tiene una utilidad económica, al menos no directa. Allí tendrá relevancia lo manifestado por Peñailillo, en cuanto a la utilidad subjetiva en cada caso concreto. Si esa utilidad puede subjetivarse, entonces los animales salvajes y las mascotas, pese a no tener una utilidad económica para el hombre, si pueden tener una utilidad subjetiva. Con todo, hay quienes niegan que la utilidad sea un requisito estricto para considerar que una cosa es un bien, y bastaría con el requisito de que la cosa sea susceptible de apropiación⁹.

En lo que respecta a este último requisito, el de la apropiación, Peñailillo estima que “en ella influye la naturaleza de ciertas entidades como aprehensibles o no por el ser humano y la capacidad de aprehensión de éste”¹⁰, por su parte Troncoso Larronde manifiesta que “no toda cosa es

otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*” en BOBBIO, Norberto: *Teoría general del derecho*. 2ªed. Editorial Temis, Bogotá, 2002. pp. 191-195.

7 PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. 1ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. pp. 15-16.

8 Ídem.

9 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De los bienes*. Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1937. Pág. 5. TRONCOSO LARRONDE, Hernán: *De los bienes*. Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013. p. 1.

10 PEÑAILILLO, cit. p. 16.

un bien, sino sólo aquellas susceptibles de apropiación, de dominio”¹¹ y Alessandri expresa que “Bienes son las cosas en cuanto son susceptibles de apropiación por los particulares; de manera que lo que caracteriza en su esencia a los bienes, es la circunstancia de poder ser objeto de propiedad privada, y no como creen algunos el hecho de que produzcan utilidades”¹², zanjando el debate, negando el requisito de la utilidad y fijando el requisito de la apropiación como cumplido si puede ejercerse el dominio sobre la cosa de que trata.

Desde ese punto de vista, todos los animales, cualquiera sea su clasificación son bienes, y por ende, también las mascotas lo son, puesto que todos ellos son apropiables y aprehensibles. La distinción entre animales bravíos, domésticos y domesticados se encuentra en el artículo 608 del Código, a propósito de la ocupación, el cual es un modo de adquirir el dominio. El artículo 607 del Código expresa que “la caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos” y el artículo 623 inciso 1º manifiesta que “Los animales domésticos están sujetos a dominio”, por tanto, no cabe duda alguna que en nuestra legislación los animales bravíos y domésticos pueden ser apropiables, y se debe recordar que los domesticados son bravíos que reconocen cierto imperio del hombre, al ser bravíos por naturaleza, entonces son apropiables por caza o pesca. Los artículos 2326 y 2327 del Código son normas que regulan la presunción de culpa del dueño de un animal por los hechos de este¹³. Si los animales no pudieran ser apropiables, estas normas carecerían de todo sentido, primero porque hablan del “dueño” del animal, y aquello solo es posible si existe dominio sobre ellos, y segundo, porque no tendría sentido presumir la culpa de un humano por el hecho de un animal que no es de su propiedad.

Si bien es cierto que, de acuerdo a lo expresado anteriormente, el régimen jurídico de los animales, mascotas y animales de compañía corresponde al de cosas y bienes, corresponde hacer hincapié en el hecho

11 TRONCOSO, cit. p. 1.

12 ALESSANDRI, cit. p. 5.

13 Se ha distinguido entre “Presunción de culpa por el hecho ajeno (artículos 2320 a 2322 C.C); presunción de culpa por la ruina de un edificio (art. 2320 C.C.); presunción de culpa por un animal de que se es dueño (art. 2326 y 2327 C.C.) y presunción por las cosas que se caen o arrojan de la parte superior de un edificio (art. 2328 C.C.)” en SCHIELE, C, TOCORNAL, J: “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N°1, 2010. p. 124.

de que el legislador ha demostrado una preocupación expresa respecto del bienestar de estos. Como se dijo anteriormente, en virtud de la Ley sobre protección de animales, estos ya no serían simplemente cosas que pueden moverse solas, sino que existe un reconocimiento a su capacidad de sufrir. Aquello motivó la incorporación del delito de maltrato animal en el artículo 291 bis del Código Penal proveniente del artículo 18 de la Ley N° 20.380 complementado por el artículo 36 N° 3 y 4 de la Ley N° 21.020. Esto ha motivado un pronunciamiento doctrinal que indica que “animales y humanos son similares en su sufrimiento y dolor como seres ‘sintientes’, debiendo aplicarse el principio de la consideración por igual. Esto significa que deberíamos garantizar a los animales el derecho a no ser usados exclusivamente como un medio para un fin de otro, o el derecho a no ser tratados como cosas, evitando su sufrimiento y dolor, y procurando asegurar su bienestar”¹⁴. Esta postura ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional. En un caso de maltrato animal, el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, manifestó que el legislador “ha adoptado parte de lo que postula la doctrina y el derecho internacional contemporáneos, en cuanto establecen derechos para animales no humanos, los que si bien son irracionales (entendiendo la racionalidad como la capacidad de percibir, y por ello pensar acerca de las razones para nuestras creencias y acciones), con seguridad son seres animados y sintientes, acepción esta última proveniente de la capacidad de sentir, esto es, de experimentar sensaciones producidas por causas externas o internas, o experimentar una impresión, placer o dolor corporal”¹⁵. Sin embargo, existe doctrina que indica que la incorporación del delito contemplado en el artículo 291 bis del Código Penal no cambia sustancialmente el régimen jurídico de los animales. En esa línea se ha manifestado que “la tipificación así plasmada no ha desahuciado, en lo más mínimo, el compromiso regulativo con la categorización jurídica de los animales no humanos como objetos de propiedad¹⁶, esto es, como cosas, así como este último estatus

14 CHIBLE VILLADANGOS, María José: “Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 2, 2016. p. 398.

15 Ministerio Público contra Julio Andrés Rojas Carrasco (Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de febrero de 2020, Rit N° 314-2019).

16 Sobre el debate de los animales como objetos de propiedad ver más en FRANCIONE, Gary L.: *Animals as persons: Essays on the abolition of animal exploitation*. Columbia University Press, New York, 2008; GARNER, Robert: “Political ideology and the legal status of animals”. En: *Animal Law Review*, Vol. 8, 2002. pp. 77-91; MICHEL, M., KAYASSEH, E.: “The legal situation of animals in Switzerland: Two steps forward,

–liricamente especificado como el de cosas muebles ‘semovientes’- les es atribuido por el art. 567 del Código Civil¹⁷.

Pese a que es verdad que la rigidez del Código Civil no se ve modificada por las demás normas expresadas, es a toda luz evidente que los animales tienen un estatus superior al del resto de los muebles inanimados. Esta última afirmación también encuentra asidero en la jurisprudencia nacional. En audiencia de juicio oral simplificado ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo, el juez indicó que “se tipificó como delito todos los actos de maltrato o crueldad en contra de los animales, es decir, se les dotó de un estatuto privilegiado respecto de las demás cosas muebles por su cercanía con la vida familiar de las personas”, así mismo el juez expresó que “a los animales siendo cosas muebles, se les elevó a una categoría especial, pues se les reconoció su condición de ser aptos de protección jurídica única por sobre las demás cosas muebles, independiente de si los animales tienen o no propietarios, pues se protege a los animales y no la propiedad que tenga una persona sobre esa cosa mueble semoviente¹⁸”.

En suma, las mascotas son animales y como tales son cosas. Las mascotas a su vez, solo pueden ser animales domésticos. Y dentro de la clasificación de las cosas, son bienes, ya que puede ejercerse el dominio sobre ellos, cualquiera sea su clasificación. Sin embargo, la ley, la doctrina

one step back – many steps to go”. En: *Journal of Animal Law*, Vol. 7, 2011. pp. 1-42; SUNSTEIN, Cass R.: “The rights of animals”. En: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003. pp. 387-401.

- 17 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: “Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXI, N°2, 2018. p. 335.
- 18 Ministerio Público contra Joaquín Gastón Maluenda Quezada (Juzgado de Garantía de San Bernardo, 20 de marzo de 2013, Rit N° 8023-2011). Si bien esta sentencia manifiesta que el delito de maltrato animal protege a los animales y no a la propiedad que tenga una persona sobre ellos, la Corte Suprema parece tener una visión distinta. Esta última, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto en contra de una decisión del Tribunal de Garantía de Los Ángeles, manifestó que “Si bien es cierto, puede considerarse que se ha avanzado mucho en la protección legal de los animales y fundamentalmente, en el amparo de aquellos, no se ha llegado a considerar que tengan calidad de víctimas propiamente tales de un hecho delictivo por no ser personas y siguen siendo objeto de dominio de un ser humano que, en calidad de propietario de aquéllos, es quien puede ser considerado la víctima” en Ministerio Público contra Ruperto Héctor Villamán Cáceres (Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, Rit N° 7880-2011). Aquella jurisprudencia parece poner en entredicho que los animales puedan ser víctimas directas del delito de maltrato animal con independencia de los humanos que ejerzan o no el derecho real de dominio sobre ellos. Sin embargo, la resolución de este problema excede los propósitos de este trabajo.

contemporánea y la jurisprudencia nacional, han dotado a los animales, y por tanto a las mascotas, de un estatuto privilegiado por sobre las demás cosas muebles, elevándolos así a una categoría especial de cosa.

IV. PATRIMONIALIDAD DE LAS MASCOTAS

Las mascotas son cosas, son bienes, y son seres sintientes, no cabe duda. Sin embargo, lo que amerita ciertas dudas es si estas cosas muebles semovientes sintientes pueden ser apreciables pecuniariamente. Peñailillo ha expresado que “Se ha sostenido que una valoración patrimonial, en el sentido de apreciación económica, pecuniaria, es indispensable en la noción jurídica de cosa, lo que justificaría las relaciones jurídicas privadas sobre ellas; pero se ha refutado enfáticamente la exigencia, extendiéndose el concepto a entidades como el nombre, el domicilio, las cuales, teniendo naturaleza extrapatrimonial, son generalmente aceptadas como objeto de relaciones jurídicas”¹⁹. Por tanto, pueden existir cosas de naturaleza extrapatrimonial, pero ¿Podrán existir bienes de naturaleza extrapatrimonial? O en otros términos ¿Pueden existir cosas apropiables que tengan naturaleza extrapatrimonial?

La respuesta parece entregarla el mismo Código. A modo de ejemplo puede recurrirse a dos normas. El artículo 393 sobre la administración de tutores y curadores de los bienes del pupilo y el artículo 659 sobre el modo de adquirir accesión. El primero de ellos establece que “No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta”. De este artículo se desprende indudablemente la existencia de bienes muebles con valor de afección, los cuales el tutor o curador no puede enajenar ni empeñar sino autorizado por el juez y en caso de necesidad manifiesta. El artículo 659 inciso 1° expresa respecto de la accesión que “Si de las dos cosas unidas, la una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio”, por su parte el inciso 2° manifiesta que “Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección”. Por lo tanto, la estimación no es pecuniaria ni económica, es de afección, es decir, extrapatrimonial. Cabe destacar que es posible valorar pecuniariamente un

19 PEÑAILILLO, cit. p. 14.

bien con valor de afección, por algo el artículo 393, con autorización del juez, permite enajenarlo. Lo destacable de aquella norma, es que parece indicar que los bienes con valor de afección son de más difícil valoración pecuniaria, y tienen para el pupilo más valor del que tutor puede concebir o imaginar, por eso le está vedado a él enajenarlos. En lo que respecta a mascotas probablemente muchos dueños se vean moralmente impedidos de ponerle precio. Existe un interés moral en ellos que impide dicha valoración de forma cómoda, aunque no sea imposible realizarla, de manera que perfectamente pueden ser considerados bienes con valor de afección para algunos dueños.

Como indica Stitchkin “Estos valores o intereses no pecuniarios son amparados por el ordenamiento jurídico, pero falta la formulación general o sistemática que configure ese campo de intereses consustancial a la personalidad. Tales intereses están en el patrimonio de la persona; el ordenamiento jurídico los contempla, los consagra, les reconoce trascendencia jurídica. Pero es tímido para expresar la fórmula general. Es curiosa esta timidez. Este contrapunto que se advierte entre la actitud severa del derecho que aparentemente no quiere entrar en el terreno de los valores subjetivos, morales o ideales, y la actitud general de la sociedad que aumenta cada día su preocupación por tales intereses y valores”²⁰. Los bienes envueltos o ligados a estos valores de afección podríamos denominarlos bienes extrapatrimoniales, y a este respecto Stitchkin ha expresado que “El afecto es un bien jurídico y nuestro Código Civil lo contempla reiteradamente para someterlo a su protección. Ya vimos el caso de la accesión de mueble a mueble por adjunción y como se califica de cosa principal aquella que tiene para su dueño un gran valor de afección. Y hemos visto también que el tutor o curador no puede enajenar libremente los bienes muebles del pupilo que tuvieren para éste un valor de afección”²¹.

Las mascotas parecen ser de este tipo de bienes para su dueño. Al ser animales de compañía y seguridad, es posible desarrollar afecto hacia ellos. Estos afectos han sido reconocidos por la jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo de un recurso de apelación en un caso de maltrato animal manifestó que “el legislador ha recogido el consenso social que reconoce la importancia y función social de los animales en la vida humana en diversos ámbitos, no sólo el económico, sino que también

20 STITCHKIN BRANOVER, David: “Los bienes extrapatrimoniales”. En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 115, Año XXIX, 1961. p. 19.

21 *Ibidem*, p. 25.

el afectivo o de otras índoles”²². De manera tal que, dentro de lo que se ha descrito anteriormente, serían bienes con valor de afección, y aquello complica sobremedida su valuación pecuniaria o económica. Sin embargo, debe insistirse en que, como cosa y bien, es posible valorar pecuniaria y económicamente a la mascota de acuerdo a la valoración de estas en el mercado, aunque dicha actividad resulte incómoda para algunos dueños.

Considerando aquello, es del todo sensato concluir que, al ser bienes con valor de afección, un daño en ellos o su pérdida producto de un ataque, produzca un daño moral en su dueño. Desde ese punto de vista, el fallo expuesto declara correctamente el daño moral de la dueña producto del daño sufrido por su mascota Olivia.

Con todo, estos serían bienes con valor de afección para su dueño, no para terceros. Así por ejemplo, la empresa dueña de las mascotas cuyo giro comercial es la venta de estas, no tiene impedimento alguno para ponerle precio a las mascotas, y para ella, estos no son bienes con valor de afección. Por tanto, la mascota solo genera afección en aquella persona que lo tiene para su compañía y cuidado. O dicho en otros términos, para la empresa los animales que tiene a la venta no son jurídicamente mascotas, son solo animales. Serán mascotas en la medida que cumplan con la finalidad de proveer compañía o seguridad.

V. EL DUEÑO ¿VÍCTIMA DIRECTA O POR REPERCUSIÓN?

El Ministro de Fiero indemnizó el daño moral de la dueña de Olivia en una suma ascendente a un millón de pesos. Sin lugar a dudas, el Ministro consideró que la dueña estaba demandando como víctima directa del daño. Sin embargo, manifestó que la indemnización de perjuicios se solicitó derivada “de la angustia y conflictos psicológicos ocasionados por la acción que su mascota generó tanto en Olivia como en su dueña y su núcleo familiar. Para puntualizar lo anterior, pide tener presente que, tal como se puede imaginar, el hecho de que una mascota que los ha acompañado durante más de 6 años sea brutalmente atacada por un animal fiero, es un hecho traumático, al punto que ha ocasionado en la mascota un episodio de afectación general, pero, además, obviamente en el núcleo familiar de sus dueños, en el entendido que se encuentran limitados en la actualidad a pasearla (tiene pánico de salir a la calle y sociabilizar con otros animales),

22 Ministerio Público contra Osvaldo Ernesto Cayulao Soto (Corte de Apelaciones de Temuco, 04 de diciembre de 2018, Rol N° 1009-2018).

y problemas conductuales derivados del ataque, todo, como consecuencia de la irresponsabilidad de la demandada”. En esa misma línea, el Ministro de Fuero expresa que “la perrita ‘Olivia’ de propiedad de la demandante, es una perrita inserta en un grupo familiar humano, como una mascota querida, tratada no como una cosa sino como un miembro importante del entorno familiar, bien cuidada en cuanto a facilitarle frecuentes paseos y de aspecto alegre, lo que cambió luego del ataque”. De aquí, podría surgir la idea de que en realidad, la demandante está demandando también el daño moral de Olivia y que sería esta la víctima directa del daño, y que por ende, la dueña sería la víctima por repercusión.

Si bien la demandante indica que Olivia sufrió daño corporal y psicológico, los que, como se verá, en nuestra doctrina corresponden a daños morales o extrapatrimoniales, el Ministro parece razonar que dichas alegaciones tan solo tienen relevancia para efectos de evaluar el daño moral de la dueña, puesto que los argumentos utilizados por ella para concederlo se centran únicamente en el daño padecido por esta. De manera tal que el Ministro no razonó que la víctima directa era Olivia y que la dueña era víctima por repercusión, sino que la dueña era la víctima directa. Esta es la decisión jurídicamente correcta por dos motivos.

Primero, los bienes, y por ende las mascotas, no tienen patrimonio. Todas las teorías sobre el patrimonio que existen, apuntan a que el patrimonio se encuentra ligado a las personas. Se ha manifestado que “Castán Tobeñas resume las teorías relativas al patrimonio y dice a manera de introducción: ‘No hay unanimidad en la apreciación de las acepciones del concepto, de la naturaleza jurídica, del contenido ni de las clases del patrimonio’, si está compuesto exclusivamente por el activo o también por el pasivo, si constituye una unidad distinta de sus elementos (*universitas iuris*) o simplemente una pluralidad de bienes o derechos; si el concepto de patrimonio es o no inseparable de la persona, y consiguientemente si pueden existir patrimonios sin persona y si puede una misma persona tener diversos patrimonios, o sea, patrimonios separados”²³. Si bien es cierto que no existe unanimidad en las acepciones del concepto de patrimonio, de la cita parece inferirse que este se encuentra ligado al concepto de persona bajo su definición legal del artículo 55 del Código Civil. Ahora bien, la persona puede ser natural o jurídica²⁴. Las mascotas no están contempladas

23 NIÑO TEJEDA, Eduardo: “Esquema sobre el patrimonio”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15, 1993. p. 153.

24 *Ibidem*, p. 163.

dentro de este concepto. Si es cierto que el patrimonio es un conjunto de derechos²⁵, o un conjunto de relaciones jurídicas apreciables en dinero²⁶, y las mascotas no lo tienen, entonces no tienen derecho a indemnización de ningún tipo, ni siquiera moral, ya que si bien el daño moral comprende indemnizar un daño irreparable y no patrimonial, su propia existencia implica apreciarlo en dinero, y ese dinero necesaria e indudablemente debe estar afecto a un patrimonio.

Segundo y respecto al daño moral, Barros ha manifestado que “Alessandri, siguiendo a los hermanos Mazeaud, lo definía como ‘el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos’²⁷ y Carmen Domínguez ha dicho que el daño moral se refiere “más bien a una categoría de perjuicios que precisamente tienen en común su carácter no patrimonial, esto es que importan un atentado a la persona en sus derechos o intereses no patrimoniales tales como su salud, su estética, esfera de intimidad, honor, libertad, sentimientos de afección, etc.”²⁸. De lo expresado por los autores, el daño moral tan solo puede ser sufrido por personas, y por tanto, se debe destacar con insistencia que las mascotas son cosas y bienes, por tanto, no sufren daño moral. Los que sufren daño moral son las personas, ya sean naturales o jurídicas, pero no las cosas. El fallo comentado también lo aclara al manifestar que “en cuanto al Daño Moral, cabe señalar que aquel consiste en el dolor, la angustia la aflicción física y espiritual, y en general, los padecimientos infringidos a la víctima por el evento dañoso. En otras palabras, es aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona”. Por ende, las mascotas no pueden sufrir daño moral y no pueden ser indemnizadas como víctimas directas, ya que no son personas.

Con todo debe manifestarse a su vez, que la definición de daño moral ha sufrido importantes cambios a lo largo de su historia. La primera sentencia que reconoce esta partida de daños en Chile data de 1922²⁹ y desde entonces

25 STITCHKIN, cit., p. 4.

26 NIÑO, cit., p. 154.

27 BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. p. 231

28 DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: “Hacia una uniformidad y transparencia de la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral”. En: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (Coord.): *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago, Legal Publishing, 2006. p. 289.

29 CÁRDENAS, H, GONZÁLEZ, P: “Notas sobre el daño moral: Concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 12, N°2, 2005. p.

su definición ha tenido un notable avance en su desarrollo. Díez-Picazo ha manifestado que “hay un concepto estricto de daño moral que arranca de la vieja idea de *pretium doloris* y que se ha definido como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado”³⁰, pero indica así mismo, que existe doctrina que asocia el daño moral a aquel que deriva de ataques a la integridad física, al que denominan daño corporal, y que dentro de aquel concepto incluyen i) Los sufrimientos morales y psíquicos, que comprenden las mismas ideas que la vieja idea *pretium doloris*; ii) El perjuicio estético (*prix de la beauté*, *pretium pulchritudinis*); iii) El denominado «perjuicio sexual», que comprende la imposibilidad total o parcial para la víctima de mantener relaciones sexuales o de procrear; y iv) El daño a la que podríamos denominar vida de relación (*préjudice d’agrément*)³¹. Por ende, los daños extrapatrimoniales pueden contemplar daños diversos entre sí, los cuales son difíciles de categorizar. Por ello, existe doctrina que propone superar la idea reduccionista que identifica al daño moral tan solo con el *pretium doloris*³², “que el concepto de daño moral es más amplio y que más bien la categoría *pretium doloris* constituye la especie del género ‘daño extrapatrimonial’”³³. En virtud de dicha afirmación se ha dicho “que la expresión ‘daño moral’ se relaciona con un concepto jurídico indeterminado mucho más amplio hoy que el simple *pretium doloris*, que no es sino una especie más de daño moral”³⁴ y que “Por lo tanto, no todo daño extrapatrimonial es *pretium doloris*, aunque todo *pretium doloris* sí es un daño extrapatrimonial, hay una relación más bien de género a especie”³⁵. Conclusivamente se ha manifestado que “Hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris* que es solo una especie del mismo. Así, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral”³⁶.

30 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de Daños*. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999. p. 326.

31 *Ibidem*, p. 327.

32 BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: “Del daño moral al daño extrapatrimonial: La superación del *pretium doloris*”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N°1, 2008. p. 85.

33 GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián A.: “Delimitación del daño moral a través de consideraciones de justicia distributiva”. En: *Revista de Derecho (Concepción)*, Vol. 85, N° 242, 2017. pp. 195-196.

34 BARRIENTOS, cit., p. 90.

35 *Ibidem*

36 *Ibidem*, p. 85.

Por tanto, si bien es cierto que de acuerdo a las definiciones clásicas, el daño moral tan solo puede ser sufrido por personas, también es cierto que de la evolución del concepto mismo de daño moral se ha arribado al concepto de daño corporal, el cual de forma evidente puede ser sufrido por animales. El legislador ha demostrado ser perfectamente consciente de aquello al manifestar que los animales merecen un trato adecuado y sobre los que cabe evitar provocarles sufrimientos innecesarios, lo que se ha visto reforzado por la jurisprudencia. Esta última ha manifestado que los animales pueden “experimentar una impresión, placer o dolor corporal”, desde donde se evidencia una notoria aproximación conceptual entre el reconocimiento de animales y mascotas como seres sintientes y el daño corporal como categoría de daño moral. Con todo, los avances en torno al daño moral no parecen haber llegado al punto de concederles esta partida indemnizatoria a los animales, sin embargo, es un avance notable puesto que los aproxima notoriamente a ser indemnizados como víctimas directas. Por el momento, no quedaría sino afirmar que los animales y mascotas, en estricto rigor, sufren daño corporal, pero este no podría ser entendido como un daño moral o extrapatrimonial indemnizable para ellos. No resultan ser ellos los indemnizados como víctimas directas, sino el ser humano que ejerce dominio sobre ellos, dentro de cuyo patrimonio estos se encuentran.

Lo anterior puede resumirse en virtud de lo manifestado por el profesor Agustín Squella, quien expresa que “todo hombre es persona y a toda persona, cualquiera sea su edad estado o condición, se le reconoce como sujeto de derecho, lo cual equivale a decir que toda persona es apta para tener derechos y obligaciones jurídicas”³⁷, en esa misma línea, el autor clasifica a los sujetos jurídicos entre sujetos individuales y colectivos. Los individuales son las personas humanas que se identifican con el concepto de persona natural y los colectivos son “personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”³⁸. De acuerdo a Squella, “Tanto los sujetos jurídicos individuales como los de carácter colectivo participan de determinados atributos, a saber, la capacidad de goce, nacionalidad, el nombre, el patrimonio y el domicilio”³⁹. Si los sujetos de derechos individuales son solo personas humanas y los sujetos colectivos están compuestos por la voluntad

37 SQUELLA NARDUCCI, Agustín: *Introducción al derecho*. 2ª ed. Actualizada y ampliada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011. p. 179.

38 *Ibidem*, p. 97.

39 *Ibidem*.

de dos o más sujetos individuales⁴⁰ humanos, las mascotas no son sujetos de derechos, no tienen derecho a ser indemnizados y no tienen patrimonio al que dicho activo pueda dirigirse. Conclusivamente el autor manifiesta que “el derecho es un orden normativo que regula la conducta humana y que, al hacerlo, reconoce o atribuye derechos, en el sentido subjetivo de esta palabra, así como impone también deberes y obligaciones, únicamente a individuos de la especie humana, y no a animales no humanos, vegetales y objetos inanimados, y del hecho de que animales, especies vegetales y ciertos objetos inanimados se encuentren protegidos jurídicamente no se puede inferir que ellos gocen de derechos al modo como sí los tienen las personas o individuos de la especie humana”⁴¹.

En virtud de lo anterior es del todo sensato que el Ministro de Fuego haya considerado que la alegación del daño corporal y psicológico de Olivia tan solo tenía relevancia para efectos de analizar el daño moral de la dueña, no de la perra propiamente tal. En otros términos, el daño de la perra, en sí mismo, es irrelevante, tan solo tiene importancia para efectos de evaluar la existencia del daño moral de su dueña.

En el caso en comento, la demandante hace referencia al daño corporal y psicológico de Olivia. Aquello puede dar la apariencia de que la dueña demandó el daño moral propio de Olivia como víctima directa y el suyo propio como víctima por rebote⁴². Esta apariencia permitió al Ministro utilizar los daños corporales y psicológicos de Olivia para conceder el daño moral de la dueña. El Ministro de Fuego declaró que Olivia no era tratada como una cosa, sino como un miembro de la familia, que era una “mascota querida”, y que su aspecto alegre cambió luego del ataque. De aquello puede inferirse cuatro cosas. Primero, del hecho de que la mascota sea tratada como miembro de la familia se infiere que el daño en ella produce daño moral a su dueña. Segundo, al ser Olivia una mascota querida, no puede sino inferirse el reconocimiento jurisprudencial expreso de que las mascotas son bienes con valor de afección. Tercero, el daño sufrido por la dueña en su patrimonio es más bien de carácter extrapatrimonial, al ver afectada una cosa con valor de afección. Cuarto y final, si bien se ha

40 Ibidem.

41 Ibidem, p.199.

42 Ver más sobre las víctimas por rebote en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: “Del daño por repercusión o rebote”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, N°2, 1999. pp. 369-398; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: “Novedades judiciales en torno al daño moral por repercusión”. En: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (Coord.): *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago, Legal Publishing, 2006. pp. 297-322.

expresado con insistencia que las mascotas no pueden ser indemnizadas, no es menos cierto que el Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones reconoció que Olivia sufrió un daño corporal producto del ataque y también uno psicológico al abandonar su aspecto alegre, y dichos daños, al menos en humanos, corresponden a daño moral, evidenciándose una relación conceptual entre el daño corporal, que puede ser sufrido por animales, y el daño moral, el cual aún parece no ser indemnizable directamente para ellos.

En suma, el fallo es particularmente interesante al tratar el daño moral de la dueña de la mascota, ya que recurre al daño sufrido por esta para examinar la existencia y cuantificación del daño moral de la primera, declarando expresamente que la mascota no era tratada como una cosa, sino como un miembro de la familia y que aquello, debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar el daño moral de la dueña.

VI. CONCLUSIONES

Este trabajo versó sobre el daño moral indemnizable sufrido por el dueño de una mascota frente a un ataque en ella. Se inició analizando el régimen jurídico de animales y mascotas concluyendo que las leyes de protección animal y tenencia responsable de mascotas no modifican el régimen jurídico de las mascotas, de manera tal que estas son cosas, y no tan solo cosas, sino que también son bienes, por ser susceptibles de apropiación mediante el derecho real de dominio.

Sin embargo, pese a ser cosas y bienes, se analizó que las mascotas eran seres sintientes y por tanto, se encontraban en una categoría especial privilegiada por sobre los demás bienes muebles semovientes. Estas particulares características los volvían bienes con valor de afección, es decir, al analizar su carácter patrimonial se concluyó que, si bien es posible valorizarlos económicamente, existían ciertos intereses morales en ellos, que dificultaban dicha actividad, lo que motivó recurrir al concepto de bienes extrapatrimoniales expuesto por David Stitckin. Ahora bien, de acuerdo al autor, la existencia de este tipo de bienes y de este tipo de intereses, implicaba aceptar que el patrimonio se encuentra compuesto por intereses y derechos que no necesariamente pueden ser avaluables pecuniariamente, y si bien las mascotas son avaluables, se encuentran envueltas o ligadas a intereses morales para sus dueños.

Atendido a que las mascotas son bienes con valor de afección y que por tanto contemplan intereses no estrictamente pecuniarios, es sensato

concluir que un daño en ellos produce aflicción psicológica en su dueño correspondiente a un daño moral, y aquello fue declarado expresamente por un Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso aquí expuesto.

Junto con aquello, el Ministro declaró que la mascota no era tratada como cosa, y que junto con el daño corporal producido por la mordida del otro perro, la mascota de la demandante cambió su comportamiento, dejando de ser alegre. Aquello podría dar la apariencia de que la mascota también sufrió un daño moral, y que la dueña de la mascota sería en realidad, una víctima por repercusión. El Ministro de Fuero declaró lo contrario, que el daño sufrido por la mascota tuvo relevancia tan solo para efectos de evaluar el daño de su dueña y que era esta la víctima directa del daño. Aquello es jurídicamente correcto toda vez que las mascotas no tienen patrimonio y no pueden sufrir un daño moral, al menos no uno indemnizable, ya que estas dos cosas están reservadas solo a personas, naturales o jurídicas, no a las cosas. Con todo, su reconocimiento como seres sintientes, y los avances en el concepto de daño moral y daño corporal, podrían llegar a significar una aproximación conceptual notable a un eventual reconocimiento como seres sujetos a indemnización de este tipo de daños de forma directa.

Finalmente, pese a lo anterior, si bien las mascotas son cosas bien valoradas socialmente, aun no puede declararse que puedan sufrir un daño moral indemnizable. Actualmente, siempre será su dueño la víctima directa del daño, puesto que las mascotas forman parte de su patrimonio, de manera tal que, por el momento, las mascotas tan solo pueden ser consideradas bienes con valor de afección, especialmente protegidos y privilegiados por sobre los demás bienes.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De los bienes*. Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1937.

BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BOBBIO, Norberto: *Teoría general del derecho*. 2ªed. Editorial Temis, Bogotá, 2002.

CÁRDENAS, H, GONZÁLEZ, P: “Notas sobre el daño moral: Concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 12, N°2, 2005.

CHIBLE VILLADANGOS, María José: “Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 2, 2016.

CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. 2ªed. Actualizada. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2013.

DÍAZ VIDELA, Marcos: “El miembro no humano de la familia: las mascotas a través del ciclo vital familiar”. En: *Revista Ciencia Animal*, N° 9, 2015.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de Daños*. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: “Hacia una uniformidad y transparencia de la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral”. En: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (Coord.): *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago, Legal Publishing, 2006.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: “Del daño por repercusión o rebote”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, N°2, 1999.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: “Novedades judiciales en torno al daño moral por repercusión” En: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (Coord.): *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago, Legal Publishing, 2006.

FRANCIONE, Gary L.: *Animals as persons: Essays on the abolition of animal exploitation*. Columbia University Press, New York, 2008.

GARNER, Robert: “Political ideology and the legal status of animals”. En: *Animal Law Review*, Vol. 8, 2002.

GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián A.: “Delimitación del daño moral a través de consideraciones de justicia distributiva”. En: *Revista de Derecho (Concepción)*, Vol. 85, N° 242, 2017.

JOFRÉ M, Leonor: “Visita terapéutica de mascotas en hospitales”. En: *Revista Chilena de Infectología*, Vol. 22, 2005.

LÓPEZ, J, PEÑA, A, ABARCA, K: “Tenencia de mascotas en pacientes inmunocomprometidos: actualización y consideraciones veterinarias y médicas”. En: *Revista Chilena de Infectología*, Vol. 30, N°3, 2013.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: “Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXI, N°2, 2018.

MICHEL, M., KAYASSEH, E.: “The legal situation of animals in Switzerland: Two steps forward, one step back – many steps to go”. En: *Journal of Animal Law*, Vol. 7, 2011.

NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Ampliada y revisada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003.

NIÑO TEJEDA, Eduardo: “Esquema sobre el patrimonio”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15, 1993.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. 1ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

SCHIELE, C, TOCORNAL, J: “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N°1, 2010.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín: *Introducción al derecho*. 2ª ed. Actualizada y ampliada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

STITCHKIN BRANOVER, David: “Los bienes extrapatrimoniales”. En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 115, Año XXIX, 1961.

SUNSTEIN, Cass R.: “The rights of animals”. En: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003.

TONCOSO LARRONDE, Hernán: *De los bienes*. Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013.

Jurisprudencia citada

Ministerio Público contra Joaquín Gastón Maluenda Quezada (Juzgado de Garantía de San Bernardo, 20 de marzo de 2013, Rit N° 8023-2011).

Ministerio Público contra Julio Andrés Rojas Carrasco (Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de febrero de 2020, Rit N° 314-2019).

Ministerio Público contra Osvaldo Ernesto Cayulao Soto (Corte de Apelaciones de Temuco, 04 de diciembre de 2018, Rol N° 1009-2018).

Ministerio Público contra Ruperto Héctor Villamán Cáceres (Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, Rit N° 7880-2011).

Vivanco con Nazal (Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de septiembre de 2019, Rol N° 13-2018).

Vivanco con Nazal (Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, 31 de enero de 2019, Rol N° 15-347-2018).

LOS CUIDADOS A LA DEPENDENCIA EN UN NUEVO HORIZONTE CONSTITUCIONAL PARA CHILE

DEPENDENCY CARE IN A NEW CONSTITUTIONAL HORIZON FOR CHILE

MAURICIO MATUS LÓPEZ*

Resumen

Chile se enfrenta a uno de los mayores desafíos de política socio sanitaria. El envejecimiento de la población demanda nuevos derechos y programas. En este contexto, la discusión constitucional puede ser un punto de encuentro para abordar estos desafíos. El objetivo de este artículo es analizar el diseño e implementación de las políticas de cuidado a la dependencia, con una perspectiva desde la experiencia internacional, para el análisis de la situación nacional. Para ello, se realizó una revisión de la evidencia científica, con énfasis en algunos casos paradigmáticos. Los resultados muestran ciertos consensos en el diseño e implementación de programas públicos, que son particularmente interesantes porque quiebran la lógica tradicional de las políticas de bienestar chileno.

Palabras Claves

Dependencia, adultos mayores, cuidados de larga duración, políticas públicas.

Abstract

Chile faces one of the greatest challenges in social and health policy. The ageing population demands new rights and programmes. In this context, the constitutional discussion can be a meeting point to address these challenges.

The aim of this article is to analyse the design and implementation of policies on care for dependent adults, from the perspective of international experience, in order to analyse the national situation. To this end, a review of the scientific evidence was carried out, with emphasis on some paradigmatic cases. The results show certain consensus in the design and implementation of public programmes, which are particularly interesting because they break the traditional logic of Chilean welfare policies.

Keywords

Dependency, older adults, long-term care, public policies.

I. INTRODUCCIÓN.

Existe un desfase entre la protección social chilena y su realidad demográfica. El cambio más importante de los próximos años será el incremento de la población adulta mayor y se necesitan nuevas y reformadas políticas para enfrentarlo¹. Es un fenómeno regional, iniciado a comienzos de siglo, pero que se ha acelerado en la última década². En menos de diez años, en Chile, los mayores de 65 años serán más que los menores de 15 años y en torno a la mitad de este siglo, serán el doble que ellos³. No es un escenario probable, es un escenario efectivo. Los adultos mayores del

Artículo recibido para su evaluación el 2 de junio de 2020, y aprobado para su publicación el 2 de julio de 2020

- * Doctor en Economía. Universidad Pablo de Olavide. Departamento de Economía, Métodos Cuantitativos e Historia Económica. Sevilla, España. Email: mmatlup@upo.es
- 1 RODRÍGUEZ, J, RUSSO, M y CARRASCO, M: “Políticas Públicas Para Una Población Que Envejece: Panorama y Propuestas Para El Sistema de Salud Chileno”. En *Temas de la Agenda Pública*, 12(92), 2017. pp. 1–12; GANGA, F et al.: “Rol Del Estado Frente Al Envejecimiento de La Población: El Caso de Chile”. En *Convergencia*, 22(71), 2016. pp. 175–200; OLIVI, Alessandra, FADDA, G y PIZZI, M “Evaluación de La Calidad de Vida de Los Adultos Mayores En La Ciudad de Valparaíso,” *Papeles de población*, 21(84), 2015. pp. 227–249.
- 2 HUENCHUAN, S: *Envejecimiento, Derechos Humanos y Políticas Públicas*. CEPAL, Santiago de Chile, 2009; COTLEAR, D: *Population Aging: Is Latin America Ready?*. World Bank, Washington D.C., 2011. PELÁEZ, E y MINOLDO, S: “Impacto Del Envejecimiento Sobre Demandas de Servicios En El Cono Sur”. En *Revista Latinoamericana de Población*, 23, 2018. pp. 62–84. Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay
- 3 UNITED NATIONS: “Revision of World Population Prospects”. Disponible en: <https://population.un.org/wpp>. Último acceso el 15 de julio de 2020.

futuro son los adultos de la actualidad. Ya nacieron y son los padres de la generación actual de estudiantes.

Una parte de estos mayores, por motivos de salud o simple deterioro físico y cognitivo, no serán capaces de desarrollar una vida autónoma. Necesitarán ayuda para vestirse, alimentarse, bañarse, etc. En la actualidad, estos cuidados recaen principalmente en las familias y concretamente, en las mujeres. Hijas, madres y esposas desarrollan un trabajo generador de valor que no se encuentra remunerado y que carece del reconocimiento como tal⁴.

La legislación chilena sigue asociando preferentemente el cuidado a la infancia, y avanza más lentamente en la extensión de la protección a los dependientes mayores.⁵ La oportunidad de crear un nuevo cuerpo constitucional, surgido de un proceso democrático, que reemplace a aquel nacido en dictadura, parece de necesidad evidente. Es la oportunidad de

4 GONZÁLVEZ, H: “Género, Cuidados y Vejez: Mujeres en El Medio Del Trabajo Remunerado y Del Trabajo de Cuidado En Santiago de Chile”. En *Prisma Social: revista de investigación social*, 21, 2018. pp. 194–218; BARRIGA, F et al.: *No Es Amor, Es Trabajo No Pagado Un Análisis Del Trabajo de Las Mujeres En El Chile Actual*. Fundación Sol, Santiago de Chile, 2020.

5 MATUS-LÓPEZ, M y CID, C: “Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile”. En *Journal of the American Medical Directors Association*, 16(10), 2015. p. 900.e7-900.e10. it will surpass Europe’s elderly population. At that point, Chile will be the country with the largest share of elderly population in the region. For that reason, long-term care pilot programs have been implemented in recent years. Objective: This article describes the long-term care policy in Chile, analyzed according to the international experience. Method: National directors of these programs were asked to complete questionnaires with a description of each, and the results of the past year. This information was compared with interviews to experts and official information available online. Results: Programs follow the international trends, although they are underfinanced and lack the necessary mechanisms to control service quality. Conclusion: It is suggested that budgets should be increased, and there should be higher requirements for caregiver training. Also, mechanisms for quality control should be established, and policies should be evaluated for formal direct hiring through a cash-for-care system.”; author: [“dropping-particle”:“”, “family”:“Matus-López”, “given”:“M”, “non-dropping-particle”:“”, “parse-names”:false, “suffix”:“”], [“dropping-particle”:“”, “family”:“Cid”, “given”:“C”, “non-dropping-particle”:“”, “parse-names”:false, “suffix”:“”], “container-title”:“Journal of the American Medical Directors Association”, “id”:“ITEM-1”, “issue”:“10”, “issued”: [“date-parts”: [[“2015”]]], “page”:“900.e7-900.e10”, “title”:“Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile”, “type”:“article-journal”, “volume”:“16”], “uris”: [“http://www.mendeley.com/documents/?uid=2fb3d718-695d-331d-9a12-849a84cbb33”]], “mendeley”: {“formattedCitation”:“M Matus-López and C Cid, “Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile,” <i>Journal of the American Medical Directors Association</i> 16, no. 10 (2015

pensar en el largo plazo y ampliar la protección a quienes lo necesitan y, sobre todo, a quienes lo van a necesitar en un futuro cercano.

El objetivo de este artículo es analizar el diseño e implementación de políticas de cuidado a la dependencia, con una perspectiva desde la experiencia internacional, para el análisis de la situación nacional. Se pretende aportar a la discusión sobre cuidados en nuevo marco normativo. Para esto, se presenta una discusión basada en la evidencia científica internacional sobre protección de las personas dependientes.

II. EL CAMBIO DEMOGRÁFICO Y LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN CHILE

Cuando se habla de dependencia o cuidados de larga duración (*long-term care*) se está haciendo referencia a la situación en la que una persona necesita ayuda de terceros para realizar las actividades de la vida diaria, por un largo periodo de tiempo⁶. Son estos tres conceptos los que definen esta situación.

Se diferencia de la discapacidad en que esta última, no necesariamente está vinculada a la necesidad de ayuda. Una persona con una discapacidad auditiva puede llevar una vida totalmente independiente, con los medios tecnológicos adecuados. Además, la dependencia afecta más a las personas que, debido al envejecimiento natural, han perdido la capacidad de vivir de forma independiente.

Los factores que determinan la demanda de estos servicios han sido ampliamente estudiados⁷, Existe consenso en destacar dos como los más importantes. El primero es el cambio demográfico hacia un aumento de la proporción de personas mayores⁸. Esto, porque el número de personas que requieren ayuda se multiplica a partir de los 65 años y se acelera todavía más, después de los 80 años de edad. La prevalencia se multiplica por 3,5

6 WHO: *A Glossary of Terms for Community Health Care and Services for Older Persons*, World Health Organization, Kobe, 2004; EUROPEAN COMMISSION: “The 2015 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2013-2060)”. En *European Economy*, 3, 2015; OECD, *Health at a Glance 2013*, OECD Publishing, Paris, 2013. La mayor parte de la bibliografía científica internacional se encuentra indexada al concepto de cuidados de larga duración en inglés: *long-term care*. La utilización del término dependencia, en este sentido, se remite principalmente a los casos hispanohablantes de España y América Latina.

7

8

a partir de los 65 años y por 18 a partir de los 80 años⁹. El segundo, es el impacto de género de la inexistencia de estas políticas¹⁰. Ante la ausencia, el cuidado recae principalmente en las mujeres, que asumen este trabajo sin retribución económica y con una intensidad que les dificulta participar en el mercado laboral.

En Chile, el envejecimiento es un hecho. Hace solo treinta años, las personas mayores de 65 años eran el 5,9% de la población total. En menos dos décadas superará el 20%. Esto implica que para 2030 habrá en el país unos 3,35 millones de personas de 65 y más años. Es decir, más adultos mayores que menores de 15 años.

En 2009, el SENAMA realizó una Encuesta a las Personas Mayores, que permitió estimar cuántas de ellas necesitaban ayuda para realizar actividades de la vida diaria¹¹. La definición de dependencia que se

9 En comparación con el tramo 45-49 años de edad. Ambos sexos. VILAPLANA, Cristina: "Estimation of Dependency Situations in Spain Using the EDAD 2008". En *Hacienda Pública Española*, 194, 2010. pp. 125-175.

10 MATUS-LÓPEZ, M y RODRÍGUEZ-MODROÑO, P: "Presiones de Oferta y Demanda Sobre Políticas Formales de Cuidados En Latinoamérica". En *Reforma y Democracia*, 60, 201. pp. 103-130. with worse conditions and fewer financial resources than rich countries did. Social protection systems in the LA region seem also not to be ready to address this impact. In this context, this paper tries to answer two key issues: Do LA governments have any time to react? Do they have financial resources to react? To answer these two questions, we compare the current situation in LA with the time when rich countries created their care systems. In order to do that, the first step is to identify the initial or critical points of long-term care systems in 15 developed countries. Several variables for the demographic transition and financial resources were selected for each year and country. These values were compared with the current situation in 18 Latin American countries. The results show that 5 LA countries, such as Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica or Uruguay, are already suffering intense pressures for higher provisions of formal care. Therefore, the absence or inadequacy of public policies could pose negative economic and social effects. Other LA countries have more years to react, but their economic resources are scarce." "author": [{"dropping-particle": ""}, {"family": "Matus-López"}, {"given": "M"}, {"non-dropping-particle": ""}, {"parse-names": false}, {"suffix": ""}], [{"dropping-particle": ""}, {"family": "Rodríguez-Modroño"}, {"given": "P"}, {"non-dropping-particle": ""}, {"parse-names": false}, {"suffix": ""}], "container-title": "Reforma y Democracia", "id": "ITEM-1", "issued": [{"date-parts": ["2014"]}], "page": "103-130", "title": "Presiones de oferta y demanda sobre políticas formales de cuidados en Latinoamérica", "type": "article-journal", "volume": "60", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=5b6100e1-6f58-4652-89ac-a4fc151be9c2"}], "mendeley": {"formattedCitation": "M Matus-López and P. Rodríguez-Modroño, \"Presiones de Oferta y Demanda Sobre Políticas Formales de Cuidados En Latinoamérica,\" <i>Reforma y Democracia</i> 60 (2014"}

11 GONZÁLEZ, F, MASSAD, C y LAVANDEROS, F: *Estudio Nacional de La Dependencia En Las Personas Mayores*, Servicio Nacional del Adulto Mayor, Santiago de Chile, 2010.

utilizó es algo más compleja que la internacional, pero se basa en las mismas variables; capacidad de realizar actividades básicas (alimentarse, desplazarse, bañarse, etc.) y actividades instrumentales (ir de compras, vida social, etc...). Los resultados permitieron estimar que el 24% de los mayores de 60 años tenían algún grado de dependencia y que más de la mitad de ellos, estaba en una situación grave. A este estudio le han seguido otros. Utilizando la misma definición, pero la encuesta CASEN de 2015, se estimó que el 3,5% de la población sufría dependencia, y que este porcentaje se elevaba al 18% de los mayores de 65 años¹². Con la misma encuesta, pero para el año 2017, el Ministerio de Desarrollo Social llegó a una cifra algo menor, situando en 14,4% la tasa de dependencia entre personas de 60 y más años¹³. Una tercera fuente utilizada es la Encuesta de Discapacidad 2015. De acuerdo a ella, la dependencia se situaría en el 21,8% de los mayores de 60 años de edad¹⁴.

Si se consideran estos cuatro estudios y se homogeneizan por tramo de edad, se tiene que entre el 17,9% y el 28,9% de las personas mayores de 65 años son dependientes en Chile. Esto equivaldrá a un rango de 600 mil a casi 1 millón de personas en 2030.

Existen dos estimaciones de cuánto costaría un sistema de atención a la dependencia para Chile. Los trabajos están relacionados en sus fuentes, pero difieren en sus metodologías. Estiman el costo total entre 1.214 y 3.096 millones de dólares. Es decir, un esfuerzo de entre 0,45% y 1,04% del PIB¹⁵.

En el país no existe una política nacional de atención a la dependencia. El modelo no se ha modificado en los últimos años. Este descansa casi

12 VILLALOBOS, P: “Panorama de La Dependencia En Chile: Avances y Desafíos” *Revista Medica De Chile*, 147(1), 2019, pp. 83–90.

13 MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL: *Adultos Mayores. Síntesis de Resultados. CASEN 2017*, MIDESO, Santiago, 2017. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/Resultados_Adulto_Mayores_casen_2017.pdf Acceso el 20 de julio de 2020.

14 ARCE, P et al.: *Caracterización de La Dependencia En Las Personas En Situación de Discapacidad a Partir Del II Estudio Nacional de La Discapacidad*, Servicio Nacional de la Discapacidad, Santiago, 2017.

15 CID, C. dir.: *Análisis Prospectivo de Un Seguro Obligatorio de Dependencia Para Adultos Mayores. Informe Final*. CIEDESS, Santiago de Chile, 2014; MATUS-LÓPEZ, M, and CID, C: “Costo de un sistema de atención de adultos mayores dependientes en Chile, 2012 - 2020”. En *Pan American Journal of Public Health*, 36(1), 2014. Pp. 31–36. El rango menor corresponde a Matus-López & Cid (2014) y el rango mayor corresponde a Cid dir. (2014).

exclusivamente en el cuidado en los hogares, servicios vinculados a agencias religiosas y programas fragmentados de financiamiento público y gestión local¹⁶.

- 16 MATUS-LÓPEZ, M y CID, 2014. ob.cit.; VILLALOBOS, P, 2019. ob.cit; it will surpass Europe's elderly population. At that point, Chile will be the country with the largest share of elderly population in the region. For that reason, long-term care pilot programs have been implemented in recent years. Objective: This article describes the long-term care policy in Chile, analyzed according to the international experience. Method: National directors of these programs were asked to complete questionnaires with a description of each, and the results of the past year. This information was compared with interviews to experts and official information available online. Results: Programs follow the international trends, although they are underfinanced and lack the necessary mechanisms to control service quality. Conclusion: It is suggested that budgets should be increased, and there should be higher requirements for caregiver training. Also, mechanisms for quality control should be established, and policies should be evaluated for formal direct hiring through a cash-for-care system.”,author":{"dropping-particle":"","family":"Matus-López","given":"M","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":"",""},{"dropping-particle":"","family":"Cid","given":"C","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":"",""},"container-title":"Journal of the American Medical Directors Association","id":"ITEM-1","issue":"10","issued":{"date-parts":["2015"]},"page":"900.e7-900.e10","title":"Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile","type":"article-journal","volume":"16"},"uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=2fb3d718-695d-331d-9a12-849a84cbdb33"],"id":"ITEM-2","itemData":{"DOI":"10.4067/s0034-98872019000100083","ISSN":"0034-9887","abstract":"Chile is facing a process of rapid aging which poses several challenges. Among these challenges is the increase of dependency in the population. Despite its relevance, the topic has not been prioritized in the agenda. One explanation for this low-priority is the lack of information on the concept of dependency. This article shows that, in fact, no consensus exists in Chile on how to define and measure dependency. Additionally, it provides an updated estimation of dependency in the country, aiming to foster further debate on the topic."},author":{"dropping-particle":"","family":"Villalobos","given":"Pablo","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":"",""},"container-title":"Revista Medica De Chile","id":"ITEM-2","issue":"11","issued":{"date-parts":["2019"]},"note":"2","page":"83-90","title":"Panorama de la dependencia en Chile: avances y desafios","type":"article-journal","volume":"147"},"uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=92527d76-d260-4b03-acc5-37116a5270c7"]},"mendeley":{"formattedCitation":"Matus-López and Cid, “Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile”; Villalobos, “Panorama de La Dependencia En Chile: Avances y Desafíos.”},plainTextFormattedCitation":"Matus-López and Cid, “Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile”; Villalobos, “Panorama de La Dependencia En Chile: Avances y Desafíos.”},previouslyFormattedCitation":"Matus-López and Cid, “Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile”; Villalobos, “Panorama de La Dependencia En Chile: Avances y Desafíos.”},properties":{"noteIndex":18},"schema":"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"} VILLALOBOS, P: “Long-Term

A nivel latinoamericano, solo Uruguay tiene un sistema de cuidados de alcance nacional¹⁷. Costa Rica se encuentra avanzando en uno y la mayoría de los países de niveles de envejecimiento similar, están en la etapa de estimar la demanda potencial o en la discusión sobre la necesidad de implementar un modelo sostenible¹⁸.

III. EL DERECHO A SER CUIDADO. CHILE Y LOS EJEMPLOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

Cuando se analiza la transición chilena, llama la atención de que la Constitución aprobada durante la dictadura no hubiera sido reemplazada por una nueva, democrática. Las razones han sido ampliamente discutidas y las explicaciones son las mismas que tratan de explicar la continuidad de lo medular del modelo social y económico de Pinochet¹⁹.

La posibilidad de configurar una nueva carta de principios fundamentales, en un contexto democrático y con amplia participación social, abre la oportunidad de incluir en ella nuevos derechos.

En la actualidad, el país no cuenta con un reconocimiento constitucional explícito de los derechos de los adultos mayores y menos aún, de los

Care Systems as Social Security: The Case of Chile”. En *Health Policy and Planning*, 33(9), 2018, pp. 1018–1025.

- 17 MATUS-LÓPEZ, M y CID, C: “New Long-Term Care Policies in Latin America: The National System of Care in Uruguay”. En *Journal of the American Medical Directors Association*, 17(7), 2016. pp. 663–665; ARANCO, Natalia: *Panorama de Envejecimiento y Atención a La Dependencia: Resumen Uruguay. BID*, Washington, D.C., 2019.
- 18 MEDELLIN, N, JARA, P y MATUS-LOPEZ, M: “Envejecimiento y Atención a La Dependencia En Costa Rica,” *Nota Técnica IDB-TN-1820*, 2019; JARA MALEŠ, P, MATUS-LÓPEZ, M y CHAVERRI-CARVAJAL, A: “Tendencias y Desafíos Para Conformar Un Sistema de Cuidados de Larga Duración En Costa Rica,” *Nota Técnica IDB_TN 1878*, 2020; NORORI, M “Addressing the ‘Tsunami’ of Long-Term Care Needs in Latin America: Is Preparation Feasible?”. En *Journal of the American Medical Directors Association*, 19(9), 2018. pp. 731–732. Bolivia, Brazil, Chile, Paraguay and Uruguay
- 19 Las explicaciones más referidas apuntan a a las restricciones legales y políticas que la dictadura dejó al gobierno. Ver en BOENINGER, E: *Democracia En Chile. Lecciones Para La Gobernabilidad*. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1998. p. 371. JOCELYN-HOLT, A: *El Chile Perplejo. Del Avanzar Sin Transar Al Transar Sin Parar*. Planeta, Santiago de Chile, 1999, Pág. 260. Pero también a un viraje ideológico de la propia Concertación gobernante. Ver en MOULIAN, T: *Chile Actual. Anatomía de Un Mito*. LOM: Santiago de Chile, 1998. p. 361; CADEMARTORI, J: *Chile. El Modelo Neoliberal*. CESOC, Santiago de Chile, 1998. p. 23; GONZÁLEZ, J: *El Efecto de La Ambigüedad En La Transición Chilena*, RIL Editores, Santiago de Chile, 2008. p. 40.

mayores dependientes. Solo son aplicables, de forma indirecta, algunas protecciones a grupos más amplios²⁰.

En este sentido, la experiencia internacional es muy variada. Las constituciones nacionales, en función de su temporalidad, incluyen ciertos derechos de salud y atención médica y su expresión se hace más o menos aplicable a los cuidados de los mayores y menos, a las personas dependientes²¹.

En el caso de los países europeos con sistemas de atención a la dependencia, la declaración de los principios fundamentales suele ser extensiva en derechos, regulando incluso el deber de velar por la distribución de los bienes materiales.

En el marco de la convergencia de derechos, el Tratado de la Unión Europea, en su artículo 3 señala como objetivo de la Unión, el bienestar de la población. En el desarrollo de este deber, la Comisión lanzó, en 2016, el proceso de construcción de los Pilares de los Derechos Sociales de la UE, aprobado un año más tarde con un listado de 20 derechos²². El número 18° trata los cuidados de dependencia, estableciendo que toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular, de asistencia a domicilio y servicios comunitarios²³.

Una vez establecido el derecho en su forma más extensiva, o de manera explícita al cuidado, el desarrollo legal configura las diferencias entre un modelo y otro.

Para comprender estos modelos es necesario remitirse a las leyes y decretos que los regulan, y en este sentido, la comparación nunca es lineal. A modo de ejemplo, se presentan tres paradigmas actuales.

20 FINSCHI, A: "Adulto Mayor y El Derecho Chileno. Estado Actual En Chile, Análisis Jurídico Comparado y Observaciones a La Convención Interamericana de Derechos Humanos de Las Personas Mayores" En: *Revista Familia y Derecho*, 1, 2018, pp. 35–54; LATHROP, Fabiola: "Protección Jurídica de Los Adultos Mayores En Chile". En: *Revista Chilena de Derecho* 36 (1), 2009. pp. 77–113.

21 KINNEY E y CLARK, B "Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World". en: *Cornell International Law Journal*, 37(2), 2004; MARTÍNEZ, A: "La Protección Jurídica de Las Personas Mayores Desde La Perspectiva de Los Derechos Humanos". En: *Revista de Derecho de la UNED*, 17, 2015. pp. 1067–1102.

22 EUROPEAN COMMISSION: *European Pillar of Social Rights*. EC, Bruselas, 2017.

23 18°. "Long-term care. Everyone has the right to affordable long-term care services of good quality, in particular home-care and community-based services".

1. El modelo extensivo; Países Bajos

Existe consenso que uno de los modelos más completos es el de los Países Bajos. Con un costo entre 3,5% y 4% del PIB y una cobertura cercana al 12% de los adultos mayores, es uno de los más extensivos²⁴. Se declara universal y no discrimina en el acceso. Fue uno de los primeros en ser desarrollados. Su origen se encuentra en el seguro público para gastos médicos excepcionales de 1968²⁵. A partir de entonces ha tenido una serie de transformaciones, principalmente durante la década de los años 1990s. El objetivo de estas modificaciones fue la contención de costos y se llevó a cabo a través de la introducción de herramientas de la nueva gestión pública y el fomento de la asistencia domiciliaria en lugar de la residencial²⁶. En 2015 se realizó la última reforma de calado. Se reestructuraron las fuentes de financiamiento en tres marcos legales. Uno destinado a los cuidados residenciales, a cargo de las oficinas regionales de cuidados, otra centrada principalmente en la atención domiciliaria y personal, a cargo del seguro público de salud, y una tercera, para otros servicios residenciales, a cargo de los gobiernos locales²⁷. Por ello, la coordinación de políticas públicas es esencial en el modelo neerlandés. Como resultado de esta estructura, el financiamiento se nutre de cotizaciones de las personas trabajadoras, de impuestos generales y de copagos de las familias²⁸.

24 OECD: *Health at a Glance 2019*. OECD Publishing, Paris, 2019; EUROPEAN COMMISSION, “The 2018 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2016-2070)” En *Institutional Paper*, 79, 2018. Pág. 406; CENTRUM INDICATIESTELLING ZORG, “Feiten En Cijfers” Disponible en: <https://www.ciz.nl/over-ciz/feiten-en-cijfers> Acceso el 25 de julio de 2020.

25 SCHUT, F y VAN DEN BERG, B: “Long-Term Care Insurance in the Netherlands”. En Costa-Font, J. y Courbage, C. (Eds.): *Financing Long-Term Care in Europe: Institutions, Markets and Models*. Palgrave Macmillan, Hapshire, 2011. pp. 103–124.

26 DA ROIT, B: “Long-Term Care Reforms in the Netherlands”. En: Ranci, Costanzo y Pavolini, Emmanuele: *Reforms in Long-Term Care Policies in Europe*. Springer, New York, 2013. pp. 97–115.

27 MAARSE, J y JEURISSEN, P: “The Policy and Politics of the 2015 Long-Term Care Reform in the Netherlands”. En *Health policy*, 120(3), 2016. pp. 241–245. Ley de Cuidados de Larga duración (*WLZ: Wet Langdurige Zorg*), Ley de Seguro Social (*ZVW: Zorgverzekeringswet*) y Ley de Seguro Social (*WMO: Wet Maatschappelijke Ondersteuning*), respectivamente.

28 DIJKHOFF, T: “Long-Term Care in the Netherlands”. En: Becker, Ulrich y Reinhard, Hans-Joachim: *Long-Term Care in Europe: A Juridical Approach*: Springer International Publishing, Cham, 2018. pp. 309–352.

2. El caso tardío; España

Un segundo caso relevante es el de España. Con un costo estimado entre 0,75% y 0,9% del PIB y una cobertura del 8,6% de los adultos mayores, ofrece amplia cobertura con bajo gasto²⁹. A diferencia de los países centro europeos, desarrolló su sistema de atención a la dependencia de forma más tardía; entre 2007 y 2010³⁰. La Ley 39/2006, estableció el sistema nacional y hace referencia, en su exposición de motivos, a los artículos 49° y 50° de la Constitución Española, sobre derechos de las personas mayores y de las personas con discapacidad. Al igual que los Países Bajos, el sistema español se declara de acceso universal y público. Su financiamiento se basa en impuestos generales, con aportaciones de los recursos del gobierno central y de los gobiernos autonómicos, no incluyendo cotizaciones al salario. Considera copagos, pero estos varían según cada administración regional³¹.

3. El avance latinoamericano; Uruguay

El tercer caso relevante es el de Uruguay. El único país latinoamericano que ha implementado un sistema integral³². Este se aprobó a través de la Ley N° 19353 de 2015 y creó un Sistema Nacional de Cuidados (SNC), para menores, personas con discapacidad, dependientes y cuidadoras³³. La ley hace mención explícita a la Constitución de la República en materia de las atribuciones del poder ejecutivo para organizar el sistema. En parte, porque la Constitución, de 1967, no tiene artículos específicos sobre discapacidad o adultos mayores. La mayor cercanía se produce en los derechos de salud.

29 OECD, 2019, cit.; EUROPEAN COMMISSION, 2018. Op cit.; MINISTERIO DE SANIDAD CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL: *Estadística Mensual SAAD*, Disponible en: https://www.imsero.es/imsero_01/documentacion/estadisticas/info_d/estadisticas/est_inf/inf_gp/index.htm. Último acceso el 16 de julio de 2020.

30 PEÑA-LONGOBARDO, L et al.: “The Spanish Long-Term Care System in Transition: Ten Years since the 2006 Dependency Act”. En *Health Policy*, 120(10), 2016, pp. 1177–1182. a new System for Promotion of Personal Autonomy and Assistance for Persons in a Situation of Dependency (SAAD)

31 ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES DE SERVICIOS SOCIALES: *XX Dictamen Del Observatorio de La Ley 39/2006 de Promoción de La Autonomía Personal y Atención a Las Personas En Situación de Dependencia*, AEDRSS, Madrid, 2020.

32 ARANCO, cit.

33 MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE URUGUAY: “Sistema Nacional de Cuidados”. Disponible en: <https://www.gub.uy/sistema-cuidados>. Último acceso el 17 de julio de 2020. .

Establece el deber del Estado de legislar en esta materia y, curiosamente, el deber de los ciudadanos de cuidarse a sí mismos (Art. 44).

La Ley del SNC establece la universalidad en el acceso a los servicios y contempla explícitamente la complementariedad pública y privada en su desarrollo. Siguiendo la lógica del modelo español, cuenta con un baremo de valoración de la severidad, que permite priorizar y asignar recursos de acuerdo a la disponibilidad de medios³⁴. Asimismo, también se financia únicamente con impuestos generales y considera copagos de los usuarios. La parte del SNC que corresponde a servicios de atención a la dependencia, comenzó a implementarse algo más tardíamente, ya que el SNC priorizó en el desarrollo de servicios a la infancia³⁵.

IV. LOS MODELOS DE ATENCIÓN.

Cada una de las ordenaciones específicas de los países, da origen a modelos con sus particularidades. La existencia de una política de atención a la dependencia no cierra la discusión. No se trata de cumplir con una ayuda, sino que efectivamente se solucionen los problemas del cuidado y se responda de una forma eficiente y sostenible a la mejora de las condiciones de vida de las personas.

Cuando se habla de servicios propiamente tal, dos son los principales. El primero y más tradicional es la atención en residencias. Establecimientos de ambiente doméstico que parveen atención médica y de cuidados, de día y de noche, a personas en condiciones de dependencia muy severas que deben trasladarse a residir de forma permanente a un centro especializado³⁶. Estos centros cumplen con estándares de cualificación y calidad, que les diferencia de los comúnmente conocidos como hogares de ancianos. Aunque pueden compartir establecimiento físico con éstos, constan de personal cualificado e integración con el sistema de salud, que permite hacer un seguimiento de la evolución del estado físico, mental y emocional de la persona dependiente. Por ello, la normativa, la fiscalización y la financiación, son tan importantes. Son centros caros, cuyo coste por residente es aproximadamente dos veces

34 MATUS-LÓPEZ Y CID, cit.

35 CARUSO, M, GALIANI, S e IBARRARAN, P: “Long-Term Care in Latin America and the Caribbean: Theory and Policy Considerations” En *Economía-Journal of the Latin American and Caribbean Economic Association*, 20(1), 2019. p. 1–32.

36 SANFORD, A et al., “An International Definition for ‘Nursing Home’”. En: *Journal of the American Medical Directors Association* 16(3), 2015. pp. 181–184.

el ingreso mediano de los jubilados³⁷. Es esta cualidad la que lleva a que la mayoría de los países organicen el financiamiento de forma solidaria o con riesgo compartido³⁸. Los fondos suelen configurarse como los diseñados para las enfermedades catastróficas. Es decir, con aportes individuales a un fondo común o directamente con impuestos generales.

El segundo servicio más común es la asistencia en el domicilio. Existen varios tipos, pero la más extendida consiste la visita al hogar del dependiente, de una persona formada en cuidados y con nociones básicas o intermedias de medicina primaria y/o geriátrica. El número de horas se establece mensual o semanal y depende de la severidad del estado de salud. La duración de una visita varía bastante, pero los máximos se sitúan en torno a tres horas diarias³⁹.

Esta visita es fundamental porque genera información compartida con el sistema sanitario, que permite el control continuo y la identificación de situaciones de riesgo que alerten la intervención o al traslado a un centro residencial o al sistema de salud⁴⁰. Es importante señalar que las tareas de cuidado pueden o no incluir algunos servicios de tareas domésticas como limpiar o cocinar. Sin embargo, su objetivo central son las actividades relacionadas directamente con las actividades de la vida diaria. En los modelos más desarrollados se incluyen, además de la asistencia para el cuidado, servicios de distribución de comidas preparadas y asistencia en tareas domésticas, de forma separada.

Otros servicios, complementarios o independientes, son los centros de día y/o noche, la teleasistencia, mejoras en el hogar que faciliten la movilidad y campañas de promoción de la autonomía, entre otros⁴¹.

En la última década del siglo pasado, adquirió fuerza una corriente reformista que buscó dar más capacidad de decisión a las personas beneficiarias⁴². Una de las herramientas impulsadas, en los cuidados de

37 OECD, 2019., cit.

38 COSTA-FONT, J, COURBAGE, C y SWARTZ, K: "Financing Long-Term Care: Ex Ante, Ex Post or Both?" En *Health Economics*, 24(51), 2015. pp. 4–57.

39 En Francia, por ejemplo, en el grado más grave se estiman unas 2,1 horas al día (63 al mes), en España existe un máximo de 70 horas al mes y en Uruguay, de 80 horas.

40 ANTUNES, V y MOREIRA, J "Approaches to Developing Integrated Care in Europe: A Systematic Literature Review" En: *Journal of Management & Marketing in Healthcare*, 4(2), 2011. pp. 129–135.

41 Para un ejemplo de la amplitud de servicios, ver MAARSE y JEURISSEN, cit.

42 WEBSTER, CH: *The National Health Service: A Political History*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

larga duración, fueron las transferencias monetarias (*cash-for-care*). La fundamentación fue transformar el derecho al servicio (plaza residencial o asistencia en el domicilio), en el derecho a decidir el servicio. Es decir, a percibir una cantidad de dinero que le permita a la propia beneficiaria decidir el qué se adecúe mejor a sus preferencias.

Sin embargo, las transferencias sólo comparten el nombre y son muy distintas en cada modelo⁴³. En Italia, la *Indennità di Accompagnamento* alcanza los 520 euros al mes y no está condicionada al control sobre el uso del dinero⁴⁴. En Francia, la *Allocation Personnalisée à l'Autonomie* llega hasta los 1.700 euros al mes, no se puede contratar a la esposa/a y se debe rendir cuenta del uso de los fondos⁴⁵. En Países Bajos, la *Persoonsgebonden Budget* se establece en un valor cercano a dos terceras partes del costo de los servicios, hasta unos 3.600 euros al mes, se controla su uso y está orientado a la contratación de servicios formales⁴⁶. La extensión, beneficios e impacto de cada una de estas tres prestaciones es muy diferente en términos de creación de empleo, calidad del cuidado y sesgo de género.

En la realidad, por lo tanto, los modelos de prestaciones difieren bastante. Entre los analizados en el apartado anterior, el de los Países Bajos es uno de los más generosos, pero también uno de los más caros. Favorece los servicios de atención directos y aunque incluye la posibilidad de recibir una prestación monetaria (en lugar del servicio), esta opción ha sido escasamente preferida por los usuarios. En 2017, aproximadamente el 83%

43 DA ROIT, B y LE BIHAN, B: “Similar and Yet So Different: Cash-for-Care in Six European Countries’ Long-Term Care Policies”. En: *The Milbank Quarterly*, 88(3), 2010. pp. 286–309; DA ROIT, B y GORI, Cristiano: “The Transformation of Cash for care Schemes in European Long term Care Policies” En: *Social Policy & Administration*, 53 (4), 2019. pp. 515–518.

44 HOHNERLEIN, E: “Long-Term Care Benefits and Services in Italy”. En: Becker, Ulrich y Reinhard, Hans-Joachim: *Long-Term Care in Europe: A Juridical Approach*: Springer International Publishing, Cham, 2018. pp. 229–307. *Istituto Nazionale Previdenza Sociale*, Disponible en: <https://www.inps.it/NuovoportaleINPS/default.aspx?itemdir=50194&lang=IT>

45 DA ROIT, B y LE BIHAN, B., cit. El montante se cifra según severidad, ingreso y tipo de beneficio (domiciliario o residencial). El máximo corresponde a mayor severidad, menor ingreso y residencial. *Service-Public* Disponible en: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10009>

46 DIJKHOFF, cit. *Long-term Care Monitor*. Persons with PGB; budget spending, care package. Disponible en: <https://www.monitorlangdurigezorg.nl/kerncijfers/gebruik/gebruik-persoonsgebonden-budget>

de las prestaciones fueron en especie, un 14% en prestación económica y otro 3% una combinación de ambas modalidades⁴⁷.

Por su parte, el modelo español ofrece una canasta de servicios residenciales y domiciliarios, y prestaciones económicas. Hasta 2014, las transferencias monetarias para cuidados en el entorno familiar representaron más del 40% de los beneficios, comenzando a reducirse únicamente a partir de entonces. En la actualidad, estas prestaciones son del 31,3%, mientras que los servicios directos de atención suman el 35,1%⁴⁸. La tendencia tiene relación con la fuerte crisis que sufrió el país entre 2008 y 2012, que fue acompañada de políticas de austeridad que redujeron el gasto público y generaron incentivos en favor de las transferencias monetarias⁴⁹.

Por último, Uruguay ha comenzado recientemente a extender sus servicios de cuidados para mayores dependientes. En la actualidad, la ofrece asistencia en el domicilio a 6.125 personas⁵⁰. Funciona como un *voucher* similar al francés, pero con intermediación directa de la administración, para dar de alta en la seguridad social a los cuidadores. Cuenta, además con centros de día y teleasistencia. Las plazas de atención residencial, no obstante, no está entre los servicios ofrecidos. Existe un programa bajo responsabilidad del Banco de Previsión Social, pero no tiene vinculación directa con dependencia⁵¹.

V. CONCLUSIONES.

Todo parece indicar que América Latina y Chile en particular, se acercan a un escenario de implementación de políticas de cuidados a

47 KELDERS, Y y DE VAAN, K: *ESPN Thematic Report on Challenges in Long-Term Care. Netherlands*. European Commission, Bruselas, 2018.

48 Se incluyen en servicios directos la asistencia en el domicilio, la residencial y los centros de día y noche. El resto de beneficios son dos prestaciones económicas para la contratación de servicios externos con el 11,5%, la teleasistencia con 17,6% y acciones de promoción con 4,5%. MINISTERIO DE SANIDAD CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. 2019, cit.

49 MATUS-LÓPEZ, M, and RAPUN, M: “Los Cuidados Para La Atención a La Dependencia.” En Gálvez, Lina dir.: *La Economía de Los Cuidados*. DeCulturas, Sevilla, 2016. pp. 163–186.

50 MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE URUGUAY, 2020, cit.

51 El programa cupo-cama está orientado principalmente como solución habitacional para mayores sin recursos. *Banco de Previsional Social* Disponible en: <https://www.bps.gub.uy/10668/cupo-cama.html>

personas dependientes⁵². No es una opción, sino una necesidad. No solo en términos morales y de responsabilidad política, sino también en términos económicos.

Ningún país que quiera seguir creciendo económicamente, puede mantener el trabajo de cuidados en el ámbito informal. La productividad de estos trabajos es baja y mina los resultados de las inversiones que se hacen en educación y salud.

La ventaja que tienen los países que ahora enfrentan esta situación, es que existen cerca de cuarenta países que ya cuentan con políticas de atención a la dependencia, y cientos de estudios que han evaluado su funcionamiento y su impacto durante más de treinta años. Gracias a ello, un nuevo marco constitucional podría incorporar la protección de la población dependiente, basada en la frontera del conocimiento social y económico.

Al respecto, y vista la evidencia científica internacional, hay tres cuestiones que cabría destacar y tener en consideración en este proceso.

Seguramente lo más importante de esta discusión es que propicia el quiebre conceptual de los lineamientos generales que han guiado la política social chilena en casi toda su historia y se posiciona frontalmente en contra de la lógica establecida desde la dictadura y la transición. Se trata de cambiar el paradigma de los programas sociales focalizados en los más pobres y de las políticas de salud segmentadas por capacidad de pago y riesgo de gasto⁵³. En definitiva, de concebir políticas de carácter nacional para todo el conjunto de la población, se acuerdo al paradigma de los Estados de Bienestar más desarrollados. Desde hace muchos años que la evidencia internacional ha concluido que las políticas de dependencia deben buscar ser universalistas, solidarias y de responsabilidad pública⁵⁴.

52 PELÁEZ, E y MINOLDO, S. 2018. op. cit.; MATUS-LÓPEZ, M: “Thinking about Long-Term Care Policies for Latin America”. En *Salud Colectiva*, 11(4), 2015, Pág: 485–496; ARANCO, N: “Panorama de Envejecimiento y Atención a La Dependencia: Estado de Salud de América Latina y El Caribe” En: *Resumen de Políticas IDB-PB 273*, 2018. Bolivia, Brazil, Chile, Paraguay and Uruguay

53 Sobre políticas focalizadas ver SOTTOLI, S “La Política Social En América Latina Bajo El Signo de La Economía de Mercado y La Democracia” En: *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 68, 2000. pp. 3–22. Sobre políticas de salud ver MONTOYA, C: *La Salud Dividida. Chile 1990-2010*, CEIBO Ediciones: Santiago de Chile, 2013.

54 COMAS-HERRERA, A, WITTENBERG, R y PICKARD, L: “The Long Road to Universalism? Recent Developments in the Financing of Long-Term Care in England” En: *Social Policy & Administration*, 44(4), 2010. pp. 375–391; RANCI, C y PAVOLINI,

No es solo una cuestión de principios y preferencias sociales, sino que es una exigencia de eficiencia financiera.

El costo de los servicios necesarios para una persona en situación de dependencia, supera los ingresos per cápita de la gran mayoría de la población. Muchos hogares no pueden hacer frente a la contratación de servicios de cuidados sin empobrecerse. Como, además, no es posible prever con relativa certeza, quiénes de los adultos jóvenes actuales sufrirá dependencia en su futuro, tampoco funciona de forma extensiva el ahorro individual⁵⁵. Los seguros privados han mostrado que, en esta situación, sufren demasiados fallos de mercado, que fracasan en su intento de ser una respuesta efectiva⁵⁶. Los costos de la dependencia se comportan como costos catastróficos, similar al de los de enfermedades raras, y demandan fondos mancomunados con mecanismos de solidaridad de ingresos. Es decir, se trata de una política de protección social universal, con una lógica distinta a la que rige actualmente. Un cambio conceptual más profundo que invita a pensar en políticas iguales para todos.

El segundo punto consiste en la apertura de una discusión conceptual sobre el derecho a ser cuidado. Reforma la lógica tradicional, sesgada por género, sobre el cuidado como una responsabilidad intrafamiliar, por una lógica de responsabilidad política del Estado⁵⁷. Se reconocen así estas actividades, como trabajo generador de valor y, por tanto, como actividad económica formal. Las consecuencias son amplias, pero una de las que aquí cabe señalar es la correspondencia que este cambio tiene en la legislación. Chile puede transformarse en una de las naciones pioneras en incluir el derecho al cuidado, no solo de menores y personas con discapacidad, sino de todas las personas que los necesiten. En este sentido, los pilares de la Política Social de la UE pueden ser una orientación⁵⁸.

E: “Not All That Glitters Is Gold: Long-Term Care Reforms in the Last Two Decades in Europe” En: *Journal of European Social Policy*, 25(3), 2015. pp. 270–285.

55 COE, N, SKIRA, M y VAN HOUTVEN, C, “Long-Term Care Insurance: Does Experience Matter?” En: *Journal of Health Economics*, 40, 2015. pp. 122–131.

56 BROWN J y FINKELSTEIN, A: “Why Is the Market for Long-Term Care Insurance so Small?” En: *Journal of Public Economics*, 91(10), 2007. pp. 1967–1991; BROWN J y FINKELSTEIN, A: “Insuring Long-Term Care in the United States”. En: *The Journal of Economic Perspectives*, 25(4), 2011. pp. 119–141.

57 COMELIN, A y LEIVA, S: “¿Quién Debe Cuidar a Los Adultos Mayores? Voces de Cuidadoras y Cuidadores En Chile” En: *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, 23(38), 2019. pp. 149–170.

58 EUROPEAN COMMISSION, 2017, cit.

En cualquier caso, se debe tener presente que la tarea solo comienza con la declaración de principios constitucionales y que serán las leyes y decretos, y la forma y tamaño del financiamiento, los que establezcan qué tipo de modelo de atención que desarrollará el país⁵⁹.

En línea con esto y para finalizar, es determinante tener presente la importancia de cómo se diseñe el modelo. Los servicios que tendrá, el mecanismo de financiamiento, la forma de provisión, los prestadores, el copago, etc. Los beneficios y la eficiencia que ha demostrado tener este tipo de políticas pueden menguar significativamente, según se diseñe uno u otro modelo. Para ello, hay que tener presente tres cuestiones. La primera es que un buen sistema es caro. Existe poco margen de construir un sistema de protección de calidad si se destinan pocos recursos a ello. En segundo lugar, debe asegurarse la accesibilidad económica a los servicios. Un mecanismo de financiamiento de ahorro individual o de seguros privados fragmentados, puede dejar sin efecto el esfuerzo legislativo de cobertura. En tercer lugar, de aplicarse transferencias económicas (*cash-for-care*), éstas deben aproximarse al costo de los servicios reales y contar con un mecanismo de fiscalización que compruebe el uso de estos fondos para la atención a la dependencia. Esto último resulta muy relevante en el caso chileno, ya que una transferencia económica para dependencia puede terminar siendo un subsidio contra la pobreza, sin impacto relevante en el mercado de trabajo, en la igualdad de oportunidades de género ni en la autonomía de la persona dependiente. Para la superación de la pobreza se necesitan políticas específicas orientadas a este fin. No parece conveniente disfrazar una ayuda con otra, sólo para cumplir. Por ello, la reforma propuesta actualmente en el parlamento como seguro de la dependencia, no parece ser la más apropiada⁶⁰.

En resumen, Chile tiene un gran desafío por delante, pero también una enorme oportunidad. Una nueva Constitución puede hacer saltar el marco del bienestar chileno en casi medio siglo, ponerlo a la cabeza de las reformas y desafíos sociales que se enfrentarán en las próximas décadas y, sobre todo, podrá devolver la confianza en la institucionalidad, la esperanza y la construcción un objetivo futuro común, que es, en definitiva, lo que constituye una sociedad.

59 COSTA-FONT, J, COURBAGE, C y SWARTZ, K., cit.

60 MATUS-LÓPEZ, M: “Un Sistema de Atención a La Dependencia Para Chile. Apuntes Desde La Experiencia Española”. En *Revista de Economía de la Salud*, 1(1), 2020. pp. 54-65.

BIBLIOGRAFÍA.

ANTUNES, V y MOREIRA, J: “Approaches to Developing Integrated Care in Europe: A Systematic Literature Review” En: *Journal of Management & Marketing in Healthcare*, 4(2), 2011. ARANCO, N: “Panorama de Envejecimiento y Atención a La Dependencia: Estado de Salud de América Latina y El Caribe” En: *Resumen de Políticas*, IDB-PB 273, 2018.

ARANCO, N: *Panorama de Envejecimiento y Atención a La Dependencia: Resumen Uruguay*. BID, Washington D.C., 2019.

ARCE, P, CERÓN, G, GONZÁLEZ, F, GUERRERO, M y PINTO, S: *Caracterización de La Dependencia En Las Personas En Situación de Discapacidad a Partir Del II Estudio Nacional de La Discapacidad*. Servicio Nacional de la Discapacidad, Santiago, 2017.

ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES DE SERVICIOS SOCIALES: *XX Dictamen Del Observatorio de La Ley 39/2006 de Promoción de La Autonomía Personal y Atención a Las Personas En Situación de Dependencia*. AEDRSS, Madrid, 2020.

BARRIGA, F, SANHUEZA, G, SATO, A y SÁEZ, B.: *No Es Amor, Es Trabajo No Pagado Un Análisis Del Trabajo de Las Mujeres En El Chile Actual*. Fundación Sol, Santiago de Chile, 2020.

BOENINGER, E: *Democracia En Chile. Lecciones Para La Gobernabilidad*. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1998.

BROWN J y FINKELSTEIN, A: “Insuring Long-Term Care in the United States”. En: *The Journal of Economic Perspectives*, 25(4), 2011.

BROWN J y FINKELSTEIN, A: “Why Is the Market for Long-Term Care Insurance so Small?” En: *Journal of Public Economics*, 91(10), 2007.

CADEMARTORI, J: Chile. *El Modelo Neoliberal*. CESOC, Santiago de Chile, 1998.

CARUSO, M, GALIANI, S e IBARRARAN, P: “Long-Term Care in Latin America and the Caribbean: Theory and Policy Considerations” En *Economía-Journal of the Latin American and Caribbean Economic Association*, 20(1), 2019.

CENTRUM INDICATIESTELLING ZORG, “Feiten En Cijfers” Disponible en: <https://www.ciz.nl/over-ciz/feiten-en-cijfers> Acceso el 25 de julio de 2020.

CID, C. dir.: *Análisis Prospectivo de Un Seguro Obligatorio de Dependencia Para Adultos Mayores. Informe Final*. CIEDESS, Santiago de Chile, 2014.

COE, N, SKIRA, M y VAN HOUTVEN, C, “Long-Term Care Insurance: Does Experience Matter?” En: *Journal of Health Economics*, 40, 2015.

COLOMBO, F et al.: *Help Wanted? Providing and Paying for Long-Term Care*, OECD Publishing, París, 2011.

COMAS-HERRERA, A, WITTENBERG, R y PICKARD, L: “The Long Road to Universalism? Recent Developments in the Financing of Long-Term Care in England”. En: *Social Policy & Administration*, 44(4), 2010.

COMELIN, A y LEIVA, S: “¿Quién Debe Cuidar a Los Adultos Mayores? Voces de Cuidadoras y Cuidadores En Chile” En: *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, 23(38), 2019.

COSTA-FONT, J, COURBAGE, C y SWARTZ, K: “Financing Long-Term Care: Ex Ante, Ex Post or Both?” En *Health Economics*, 24(51), 2015.

COSTA-FONT, J, y VILAPLANA-PRIETO, C: “More than One Red Herring”? Heterogeneous Effects of Ageing on Health Care Utilisation”. En *Health Economics*, (forthcoming), 2020.

COTLEAR, D: *Population Aging: Is Latin America Ready?* World Bank, Washington D.C., 2011.

DA ROIT, B y GORI, C: “The Transformation of Cash for care Schemes in European Long-term Care Policies” En: *Social Policy & Administration*, 53 (4), 2019.

DA ROIT, B y LE BIHAN, B: “Similar and Yet So Different: Cash-for-Care in Six European Countries’ Long-Term Care Policies”. En: *The Milbank Quarterly*, 88(3), 2010.

DA ROIT, B: “Long-Term Care Reforms in the Netherlands”. En: Ranci, Costanzo y Pavolini, Emmanuele: *Reforms in Long-Term Care Policies in Europe*. Springer, New York, 2013.

DE MEIJER, C, DE MEIJER, C, KOOPMANSCHAP, M, BAGO D’UVA, T y VAN DOORSLAER, E: “Determinants of Long-Term Care Spending:

Age, Time to Death or Disability?”. En *Journal of Health Economics*, 30(2), 2011.

DIJKHOFF, T: “Long-Term Care in the Netherlands”. En: Becker, Ulrich y Reinhard, Hans-Joachim: *Long-Term Care in Europe: A Juridical Approach*: Springer International Publishing, Cham, 2018.

EUROPEAN COMMISSION, “The 2018 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2016-2070)” En *Institutional Paper*, 79, 2018.

EUROPEAN COMMISSION: “The 2015 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2013-2060)”. En *European Economy*, 3, 2015.

EUROPEAN COMMISSION: *European Pillar of Social Rights*. EC, Bruselas, 2017.

FINSCHI, A: “Adulto Mayor y El Derecho Chileno. Estado Actual En Chile, Análisis Jurídico Comparado y Observaciones a La Convención Interamericana de Derechos Humanos de Las Personas Mayores” En: *Revista Familia y Derecho*, 1, 2018.

GANGA, F, PIÑONES, M, GONZÁLEZ, D y REBAGLIATI, F: “Rol Del Estado Frente Al Envejecimiento de La Población: El Caso de Chile”. En *Convergencia*, 22(71), 2016.

GONZÁLEZ, F, MASSAD, C y LAVANDEROS, F: *Estudio Nacional de La Dependencia En Las Personas Mayores*, Servicio Nacional del Adulto Mayor, Santiago de Chile, 2010.

GONZÁLEZ, J: *El Efecto de La Ambigüedad En La Transición Chilena*, RIL Editores, Santiago de Chile, 2008.

GONZÁLVEZ, H: “Género, Cuidados y Vejez: Mujeres en El Medio Del Trabajo Remunerado y Del Trabajo de Cuidado En Santiago de Chile”. En *Prisma Social: Revista de investigación social*, 21, 2018.

HOHNERLEIN, EM: “Long-Term Care Benefits and Services in Italy”. En: Becker, Ulrich y Reinhard, Hans-Joachim: *Long-Term Care in Europe: A Juridical Approach*, Springer International Publishing, Cham, 2018.

HUENCHUAN, S: *Envejecimiento, Derechos Humanos y Políticas Públicas*. CEPAL, Santiago de Chile, 2009.

- JARA MALEŠ, P, MATUS-LÓPEZ, M y CHAVERRI-CARVAJAL, A: “Tendencias y Desafíos Para Conformar Un Sistema de Cuidados de Larga Duración En Costa Rica,” *Nota Tecnica IDB_TN* 1878, 2020.
- JOCELYN-HOLT, A: *El Chile Perplejo. Del Avanzar Sin Transar Al Transar Sin Parar*. Planeta, Santiago de Chile, 1999.
- KELDERS, Y y DE VAAN, K: *ESPN Thematic Report on Challenges in Long-Term Care*. Netherlands. European Commission, Bruselas, 2018.
- KINNEY E y CLARK, B “Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World”. En: *Cornell International Law Journal*, 37(2), 2004.
- LATHROP, F: “Protección Jurídica de Los Adultos Mayores En Chile”. En: *Revista Chilena de Derecho* 36 (1), 2009.
- MAARSE, J y JEURISSEN, P: “The Policy and Politics of the 2015 Long-Term Care Reform in the Netherlands”. En *Health Policy*, 120(3), 2016.
- MAISONNEUVE, C De la y OLIVEIRA, J: A Projection Method for Public Health and Long-Term Care Expenditures, *Working Papers OECD Economics Department*, 1048, 2013.
- MARTÍNEZ, A: “La Protección Jurídica de Las Personas Mayores Desde La Perspectiva de Los Derechos Humanos”. En: *Revista de Derecho de la UNED*, 17, 2015.
- MATUS-LÓPEZ, M y CID, C: “New Long-Term Care Policies in Latin America: The National System of Care in Uruguay”. En *Journal of the American Medical Directors Association*, 17(7), 2016.
- MATUS-LÓPEZ, M y CID, C: “Building Long-Term Care Policies in Latin America: New Programs in Chile”. En *Journal of the American Medical Directors Association*, 16(10), 2015.
- MATUS-LÓPEZ, M y RODRÍGUEZ-MODROÑO, P: “Presiones de Oferta y Demanda Sobre Políticas Formales de Cuidados En Latinoamérica”. En *Reforma y Democracia*, 60, 2014.
- MATUS-LÓPEZ, M: “Thinking about Long-Term Care Policies for Latin America”. En: *Salud Colectiva*, 11(4), 2015.
- MATUS-LÓPEZ, M, y CID, C: “Costo de un sistema de atención de adultos mayores dependientes en Chile, 2012 - 2020”. En *Pan American Journal of Public Health*, 36(1), 2014.

MATUS-LÓPEZ, M, y RAPUN. M: “Los Cuidados Para La Atención a La Dependencia.” En Gálvez, Lina dir.: *La Economía de Los Cuidados*. DeCulturas, Sevilla, 2016.

MATUS-LÓPEZ, M: “Un Sistema de Atención a La Dependencia Para Chile. Apuntes Desde La Experiencia Española”. En *Revista de Economía de la Salud*, 1(1), 2020.

MEDELLIN, N, JARA, P y MATUS-LOPEZ, M: “Envejecimiento y Atención a La Dependencia En Costa Rica,” *Nota Técnica IDB-TN-1820*, 2019.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE URUGUAY: *Sistema Nacional de Cuidados*. Disponible en: <https://www.gub.uy/sistema-cuidados>. Último acceso el 17 de julio de 2020.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL: *Adultos Mayores. Síntesis de Resultados. CASEN 2017*, MIDESO, Santiago, 2017. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/Resultados_Adulto_Mayores_casen_2017.pdf. Último acceso el 20 de julio de 2020.

MINISTERIO DE SANIDAD CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL: *Estadística Mensual SAAD*, Disponible en: https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/info_d/estadisticas/est_inf/inf_gp/index.htm. Último acceso el 16 de julio de 2020.

MONTOYA, C: *La Salud Dividida. Chile 1990-2010*, CEIBO Ediciones, Santiago de Chile, 2013.

MOULIAN, T: *Chile Actual. Anatomía de Un Mito*. LOM: Santiago de Chile, 1998.

NORORI, M “Addressing the ‘Tsunami’ of Long-Term Care Needs in Latin America: Is Preparation Feasible?”. En *Journal of the American Medical Directors Association*, 19(9), 2018.

OECD, *Health at a Glance 2013*, OECD Publishing, París, 2013.

OECD: *Health at a Glance 2019*. OECD Publishing, París, 2019.

OLIVI, A, FADDA, G y PIZZI, M “Evaluación de La Calidad de Vida de Los Adultos Mayores En La Ciudad de Valparaíso” En: *Papeles de población*, 21(84), 2015.

PELÁEZ, E y MINOLDO, S: “Impacto Del Envejecimiento Sobre Demandas de Servicios En El Cono Sur”. En *Revista Latinoamericana de Población*, 23, 2018.

PEÑA-LONGBARDO, L, OLIVA-MORENO, J, GARCÍA-ARMESTO, S y HERNÁNDEZ-QUEVEDO, C: “The Spanish Long-Term Care System in Transition: Ten Years since the 2006 Dependency Act”. En *Health Policy*, 120(10), 2016.

RANCI, C y PAVOLINI, E: “Not All That Glitters Is Gold: Long-Term Care Reforms in the Last Two Decades in Europe” En: *Journal of European Social Policy*, 25(3), 2015.

RODRÍGUEZ, J, RUSSO, M y CARRASCO, M: “Políticas Públicas Para Una Población Que Envejece: Panorama y Propuestas Para El Sistema de Salud Chileno”. En *Temas de la Agenda Pública*, 12(92), 2017.

SANFORD, A, ORRELL, M, TOLSON, D, ABBATECOLA, A, ARAI, H, BAUER, J y CRUZ-JENTOFT, A: “An International Definition for ‘Nursing Home’”. En: *Journal of the American Medical Directors Association* 16(3).

SCHUT, F y VAN DEN BERG, B: “Long-Term Care Insurance in the Netherlands”. En Costa-Font, J. y Courbage, C. (Eds.): *Financing Long-Term Care in Europe: Institutions, Markets and Models*. Palgrave Macmillan, Hapshire, 2011.

SOTTOLI, S: “La Política Social En América Latina Bajo El Signo de La Economía de Mercado y La Democracia” En: *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 68, 2000.

UNITED NATIONS: “Revision of World Population Prospects”. Disponible en: <https://population.un.org/wpp>. Último acceso el 15 de julio de 2020.

VERBEEK-OUDIJK, D WOITTIEZ, I, EGGINK, R y PUTMAN, L: *Who Cares in Europe? A Comparison of Long-Term Care for the over-50's in Sixteen European Countries*, Netherlands Institute for Social Research, The Hague, 2014.

VILAPLANA, C: “Estimation of Dependency Situations in Spain Using the EDAD 2008”. En *Hacienda Pública Española*, 194, 2010.

VILLALOBOS, P: “Long-Term Care Systems as Social Security: The Case of Chile”. En *Health Policy and Planning*, 33(9), 2018.

VILLALOBOS, P: “Panorama de La Dependencia En Chile: Avances y Desafíos”. En: *Revista Medica De Chile*, 147(1), 2019.

WEBSTER, CH: *The National Health Service: A Political History*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

WHO: *A Glossary of Terms for Community Health Care and Services for Older Persons*, World Health Organization, Kobe, 2004.

WU, CH, HUANG, N, FANG, Y, CHOU, Y y Li, CH.: “Determinants of Long-Term Care Services among the Elderly: A Population-Based Study in Taiwan”. En *PLoS ONE*, 9(2), 2014.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: APUNTES SOBRE SU RECONOCIMIENTO Y CONTENIDO EN EL TRABAJO

FREEDOM OF EXPRESSION: NOTES ON ITS RECOGNITION AND CONTENT AT WORK

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO*

Resumen

Este trabajo analiza la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones de trabajo y sus límites con énfasis en el derecho chileno.

Palabras Clave

Libertad de expresión, contrato de trabajo, derecho chileno.

Abstract

This paper analyzes freedom of expression in the field of employment relationships and its limits with emphasis on Chilean law.

Keywords

Freedom of expression, contract of employment, chilean law.

I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL TRABAJO: RECONOCIMIENTO Y CONTENIDO

Pocas dudas caben que la relevancia de la “voz” en el trabajo se vincula a la autonomía. Como expresión de la riqueza individual de la persona que participa del proceso productivo, pero también como la manifestación de la acción colectiva de los trabajadores.

Pero esa expresión tan singular de la autonomía humana como es la “voz”, se enfrenta en el trabajo con un escenario cargado de complejidad. Como sugiere Budd la expresión del trabajador queda peligrosamente sometida a la racionalidad empresarial: “la voz se identifica con la implicación del trabajador a la hora de compartir ideas para mejorar los procesos (ej. círculos de calidad) o con el hecho de que el trabajador se desarrolle en grupos con autonomía (ej. equipos de trabajo que se dirigen a si mismo), todo ello a fin de mejorar el rendimiento de la organización”. De ahí que “ver el trabajo como ciudadanía profesional, sin embargo, es ir más allá de los aspectos de eficiencia de la voz, para dar valor también a las necesidades humanas, incluso cuando la voz del trabajador no mejora la productividad”¹.

La libertad de expresión es un derecho ampliamente reconocido en la normativa del derecho internacional e interna. El artículo 1, número 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

A su turno el artículo 19, número 12 de la Constitución chilena asegura a todas las personas: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el “ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

Más allá de la configuración jurídica de este derecho², cuestión directamente vinculada a cada tradición legal, la libertad de expresión comprende un conjunto de posiciones activas protegidas en favor de su titular, en este caso, del trabajador:

Artículo recibido para su evaluación el 10 de mayo de 2020, y aprobado para su publicación el 24 de julio de 2020.

* Doctor en Derecho, Profesor e Investigador de la Universidad Diego Portales. jose.ugarte@udp.cl

1 BUDD, J.: *El pensamiento sobre el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. p 138.

2 Se puede mirar su estructura como un solo derecho con un contenido complejo y binario (expresión+ información), o como dos derechos distintos pero relacionados, cuestión que dependerá de la fórmula normativa en que cada tradición legal concrete estos derechos fundamentales. Ahora, sea como sea, la libertad de expresión opera como condición necesaria de la información.

Por una parte, la facultad para difundir ideas y discursos de cualquier naturaleza o índole y por cualquier medio, en cualquier momento y oportunidad, sin autorización previa (libertad de expresión). Y por otra, la facultad emitir información y/o recibir información, esto es, “la difusión de hechos, sucesos o acontecimientos de la realidad. En ese sentido, comprende el derecho a difundir libremente información. Pero no solo es el derecho a difundir o transmitir la información lo que se tutela, sino también el derecho de acceder a ella”³.

La dogmática constitucional ha destacado la amplitud del contenido de este derecho fundamental sosteniendo que consiste en la facultad de toda persona de exteriorizar, por el medio que crea conveniente, sus ideas, creencias y pensamientos. Esto es, “la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de la elección del que la ejercita, conllevando este derecho consigo el derecho a permanecer en silencio cuando se requiere a una persona que exprese una idea o una opinión que no comparte”⁴.

Se da cobertura constitucional, entonces, a todo tipo de discurso o expresión, particularmente el crítico. En efecto, como ha señalado la jurisprudencia comparada la libertad de expresión “tiene por objeto el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (Tribunal Constitucional Español, STC 6/2000). En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional alemana ha señalado que “la protección se refiere no sólo al contenido de la manifestación, sino también a su forma. El que una afirmación se formule de forma polémica o hiriente no la sustrae del ámbito de protección del derecho fundamental” (Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 93, 266, 10.10.1995).

3 MARCIANI, B.: *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Palestra, Lima, 2004. p 115.

4 MEDINA, C.: “La libertad de expresión”. En: *AAVV Sistema Jurídico y Derechos Humanos, El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1996. p 149.

Así también, la jurisprudencia internacional ha señalado que la libertad de expresión “no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel vs Argentina*, 2008, párrafo 88).

La protección extensa en términos de continente y contenido forma y fondo es relevante para un contexto como la empresa: según ya hemos explicado la situación de sujeción del trabajador como resultado de someterse a un poder organizacional ajeno -la denominada subordinación laboral-, hace especialmente relevante la tutela del discurso crítico y conflictivo, como forma de superar el inhóspito escenario que para ese derecho configura generalmente el espacio empresarial.

Desde la perspectiva jurídica, cabe destacar, la amplitud de los medios a través de los cuales se ejerce este derecho. Como se ha explicado “las expresiones se pueden realizar a través de palabras y letras; pero también por medio de actos (como la quema de bandera) y símbolos (como lo sería llevar un brazalete con algún mensaje). Se ha protegido el valor comunicativo del silencio (por ejemplo, en casos de persona que se han negado a prestar juramentos) y las artes, como las pinturas, la música y las obras de teatro, han sido consideradas, también, formas de expresión. Las protestas, en fin, son también formas de expresión”⁵.

Particularmente relevante en materia laboral es, precisamente, la libertad de expresión que se ejerce por la vía de la protesta. Y si bien se trata de un derecho que podrá ser ejercido de manera individual por el trabajador en el ámbito del trabajo -por ejemplo, por condiciones de trabajo o por incumplimientos laboral de la empresa-, su máxima expresión es su ejercicio colectivo como cobertura jurídica de las acciones complementarias del derecho de huelga, legitimando las diversas manifestaciones que permiten hacer visible el conflicto laboral, tales como las manifestaciones, piquetes y marchas entre otras.

5 LOVERA, D.: “Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución”. En: *AAVV La Constitución chilena*. Bassa et alt (editores). LOM editores, Santiago, 2015. p 103.

Desde el punto de vista pasivo, esto es, desde la perspectiva de los sujetos afectos al contenido del derecho de libertad de expresión del trabajador, nos referiremos al caso del empleador⁶.

Respecto del empleador -público o privado- la libertad de expresión del trabajador supone un conjunto de prohibiciones:

En primer lugar, la prohibición de censura y de cualquier restricción previa del ejercicio del derecho de libertad de expresión y/o información. Entendiendo por censura previa como “cualquier impedimento o medida ilegítimo, de carácter preventivo que limite o dificulte el ejercicio de la libertad de expresión”⁷.

De este modo, cualquier conducta del empleador que restrinja o impida el ejercicio de la libertad de expresión y de información por parte del trabajador, supone una lesión ese derecho fundamental.

En segundo lugar, la prohibición de represalias por el ejercicio del derecho a libertad de expresión en el sentido amplio ya explicado. Por represalia debe entenderse cualquier conducta del empleador que afecte al trabajador como consecuencia del ejercicio de ese derecho fundamental.

En este caso, dicha represalia puede ser desde una conducta material -un perjuicio económico o un llamado de atención- hasta conductas jurídicas -como una amonestación reglamentaria- y particularmente el despido. Mirado desde este punto de vista, podríamos hablar de una garantía de indemnidad propia de la libertad de expresión que a diferencia de la garantía común protege las represalias por el ejercicio de la libertad de expresión, sin requerir el denominado elemento institucional, esto es la intervención de la Inspección del Trabajo o los Tribunales de Justicia.

La garantía de no ser objeto de represalias por el ejercicio de la libertad de expresión ha tenido reconocimiento tanto en la jurisprudencia

6 Es obvio que respecto del Estado también pesan deberes en relación a la libertad de expresión del trabajador, tanto negativos -como la prohibición de censura-, como deberes positivos. En este último caso, particularmente relevantes es que el ejercicio real y efectivo de la libertad de expresión “no depende simplemente del deber del Estado de abstenerse de cualquier injerencia, sino que puede requerir medidas positivas de protección incluso en las relaciones entre las personas. En efecto, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso frente a ataques provenientes de particulares” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lagos del Campo vs, Perú, sentencia del 31 de agosto del 2017, párrafo 93).

7 GONZÁLEZ, F.: “Censura judicial y libertad de expresión: Sistema interamericano y derecho chileno”. En: *AAVV. Libertad de Expresión en Chile*. Universidad Diego Portales, Santiago, 2006. p 13.

internacional, como en la nacional. En el primer caso la Corte Interamericana ha sostenido que “la libertad de expresión requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado” por manifestar su propio pensamiento” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lagos del Campo vs, Perú, sentencia del 31 de agosto del 2017, párrafo 89). En el segundo caso, los tribunales chilenos han reconocido como despidos lesivos de derechos fundamentales del trabajador los que correspondieron a represalias por declaraciones efectuadas por el trabajador: “cabe señalar que la medida en discordia (despido) es una consecuencia ex post, es decir un efecto que se despliega solo después de la difusión de la opinión en redes sociales, por lo tanto, en rigor no existe censura sino eventualmente represalia. Luego, una represalia, bajo una concepción amplia, también importa un impedimento dificultad o escollo a la libre expresión” (T150-2016 Juzgado del Trabajo de Antofagasta)⁸.

En el caso de la libertad de expresión, particularmente en su vertiente de derecho a información, cabe señalar, que dicho derecho incluye “tanto la dimensión de derecho de crédito, que es el derecho a ser informado, como la vertiente de libertad publica, que es el derecho a informar e informarse”⁹.

De este modo, el trabajador tiene el derecho a hacer circular la información dentro de la empresa que le parezca pertinente, como a recibir de terceros la información que le parezca relevante¹⁰.

8 En el mismo sentido: “que al decidirse su desvinculación de la institución fundado en una mala calificación, que a su vez se determinó por la sanción administrativa impuesta al enjuiciarse negativamente las expresiones vertidas en un acto de defensa frente a una medida administrativa que lo afectaba, en opinión del tribunal constituye una vulneración del derecho a la libertad de opinión que tiene el funcionario denunciante, razón por la que se acogerá la acción en análisis” (T 540-2014 del 2º Juzgado del Trabajo de Santiago). De igual modo: “que será desestimada la alegación de la demandada consistente en que las declaraciones de la actora fueron difundidas con anterioridad a la fecha del despido y que por ello nadie ha censurado en forma previa sus declaraciones ni se le ha impedido hacerlo, puesto que si bien en la especie no se trata de un caso de censura previa, lo cierto es que, de acuerdo a lo expuesto en los acápites precedentes, el despido de la actora se vislumbra como un acto de represalia por haber ejercido en forma legítima su derecho a la libertad de expresión” (T 5-2012 del Juzgado del Trabajo de Puerto Montt).

9 MONEREO, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas, Madrid, 1992. p 100.

10 ¿Tiene el trabajador derecho a recibir información del empleador? Como ya explicamos, la regla general es que los derechos fundamentales recogidos en la acción de tutela se caracterizan por una estructura negativa: suponen el deber de no intervenir dentro de

II. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR

La libertad de expresión del trabajador tiene tanto límites legales, como constitucionales.

En el primer caso, la norma que establece como causal de despido del trabajador -sin derecho a indemnización- “las injurias proferidas por el trabajador al empleador” (artículo 160, número 1, letra d.). El legislador ha mediado legalmente el cruce entre el derecho de la libre expresión del trabajador y la honra del empleador -sea persona natural o jurídica¹¹.

Por tratarse de una restricción legal, debe ser leída de modo estricto y restringido: solo en casos especialmente “graves” -como lo exige la propia ley- debe entenderse justificado el despido del trabajador¹².

Pero también existe un límite constitucional: el que derive de un eventual conflicto con otros derechos constitucionales de la empresa. Particularmente

las posiciones protegidas por el contenido del derecho, de ahí que su dimensión pasiva se exprese en prohibiciones para el sujeto que este afecto al derecho. Salvo que exista una exigencia normativa en ese sentido, que imponga ese deber positivo de entregar información. En el caso del derecho chileno, ese deber de información se establece para ciertos casos en el ámbito individual, como ocurre con el deber de informar sobre las normas del reglamento interno de la empresa (artículo 156 del Código del Trabajo), o en el ámbito del derecho colectivo, para la negociación colectiva y las relaciones sindicales en general (artículo 315 del Código del Trabajo). En este último caso, ver GONZALEZ, D.: *Negociación Colectiva, Derecho de a la Información de los Sindicatos*. Der ediciones, Santiago, 2017.

- 11 La honra tiene su fundamento inmediato en el atributo moral de la dignidad de la persona, lo que como señala Figueroa refiriéndose a la privacidad, impide que las personas jurídicas sean titulares de esta categoría de derechos fundamentales, atendido que se trataría de un “derecho personalísimo basado en el patrimonio moral del sujeto y en su dignidad, conceptos solo aplicables al ser humano y la personalidad humana”. FIGUEROA, R.: *Privacidad*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014. p 54.
- 12 Así, por lo demás, lo ha entendido la jurisprudencia judicial que ha sostenido en general que respecto de la libertad de expresión afirmar que, pese a que las declaraciones del trabajador son “imprudentes” no son constitutivas del incumplimiento grave de las obligaciones del contrato: “no es posible eludir que las expresiones proferidas públicamente son, a lo menos, imprudentes, es decir verdidas con desprecio o falta al cuidado debido, en tanto contienen una afirmación que aun falsa o verdadera (hecho desconocido para el Tribunal) coloca en situación de descrédito social a la empresa mandante y ello, en el análisis razonable de cualquier espectador externo, irroga temor a las represalias correlativas, en contrataciones comerciales futuras o incluso sobre la permanencia de la actual. Es decir, la actuación del trabajador, aun no siendo constitutiva de un grave incumplimiento al contrato de trabajo, importa una falta, descuido, o imprudencia que potencialmente afecta la posición comercial de su empleador” (T 150-2016 del Juzgado del Trabajo de Antofagasta).

con la denominada imagen empresarial, siempre que se entienda la misma como parte de un activo integrante del patrimonio empresarial, esto es, del derecho de propiedad. Lo anterior, porque la denominada “imagen corporativa” no puede formar parte del derecho a la honra, en cuanto, a nuestro juicio, ese derecho escapa de la órbita de las personas jurídicas al estar directamente fundado en la “dignidad individual” de la persona.

En cualquiera de estos casos de conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos constitucionales de la empresa, debe tenerse en cuenta la especial relevancia del primero atendido la “naturaleza o índole” de la expresión y/o información. Si se trata de información de interés público debe ser entendido, entonces, como un derecho *-prima facie-* prioritario para ese caso concreto. Dicha “posición preferente” se sustenta en el fuerte nexo entre la libertad de expresión y la democracia. Como ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lagos del Campo vs, Perú, sentencia del 31 de agosto del 2017, párrafo 116).

En ese sentido, tendrían ese carácter de relevancia pública en ejercicio de la libertad de expresión por parte del trabajador, las siguientes hipótesis:

a.) la información o discurso de relevancia para la comunidad, específicamente por ser de “interés general”, esto es, “todo hecho cuyo conocimiento puede tener interés para los ciudadanos, bien por las personas o instituciones que intervienen en el mismo, bien porque objetivamente el asunto tiene trascendencia social, aunque sea meramente coyuntural”¹³. En el caso de un trabajador ese discurso de interés general puede tratarse, por de pronto, de la difusión de propuestas políticas y sociales, pero también cuestiones referidas al ámbito empresarial en particular, como denuncias de evasión legal o fraude por parte del empleador, incumplimiento de normas sanitarias en los procesos productivos, etc.

La justificación de la especial relevancia de la libertad de expresión en este punto es que -como ha explicado la Corte Interamericana de Derecho Humanos “se trata de una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad pueden desarrollarse plenamente.

13 PEREZ ROYO, J.: *Curso de Derechos Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2002. p 443.

Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercerse sus opciones, esté suficientemente informada” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia “La Última tentación de Cristo”, párrafo 68). Esta perspectiva preferente de la libertad de expresión en relación a la información de interés público o comunitario también es sostenida en la jurisprudencia europea: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad de democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, ofenden o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Lindon, Otchakovsky-Laurens y July con Francia, 22 de Octubre del 2007, párrafo 45).

En esa perspectiva, en un interesante caso de la jurisprudencia nacional se considera vulnerado el derecho a la libertad de expresión, por el despido de trabajador que ha realizado una denuncia que refleja una preocupación de la comunidad: “la acción del actor no puede ser calificada como una falta de probidad en los términos que la disposición legal mencionada establece, sino sencillamente su conducta reflejó el ejercicio del legítimo derecho consagrado en la Constitución Política de la Republica en el artículo 19 N° 12, referente al derecho que tiene todo ciudadano de este país a emitir opinión y el derecho a informar sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio que el Tribunal está obligado a resguardar. Así, el actor denunció una situación a petición de los dirigentes gremiales de Coquimbo, que consideraban injusta y que era necesario dar a conocer y revertirla, pero ello , en caso alguno, autoriza al empleador demandado a poner término a la relación laboral ,como lo ha hecho, máxime cuando la situación acontecida es una situación que se refiere a todo el país, a todos los pescadores artesanales y a todos los industriales pesqueros, no es una situación que solo se refiera a esta cuarta región, si bien en esta zona tiene características especiales por el tema de las cinco millas marítimas” (T47-2014 Juzgado del Trabajo de la Serena).

b.) la información o discurso sobre el interés colectivo de los trabajadores. Se trata del discurso que represente cuestiones de interés que superan al trabajador-individuo que lo expresa, porque se conecta con el interés común de los trabajadores de una unidad empresarial, como por

ejemplo denuncias sobre las condiciones de trabajo, o sobre el no pago de créditos laborales, cumplimiento de leyes laborales, etc.

La razón de esta prioridad parece obvia. La libertad de expresión puesta al servicio de los derechos de los trabajadores representa un interés que trasciende a los involucrados. Y ello porque el trabajo es una dimensión clave de la humanidad, donde la sociedad se juega parte relevante de los valores que la constituyen, como la dignidad personal, el reconocimiento, y la integración en la comunidad. De ahí, que la sociedad tenga interés en su conjunto de que las condiciones materiales y emocionales en que esa dimensión se desarrolla están a la altura de su relevancia para todos. Nexo este -el del trabajo y la comunidad- lucidamente retratado hace años por Estey: “el bienestar de los asalariados en las localidades industriales es la preocupación de todos. Como ciudadanos, empleadores, consumidores, trabajadores, de uno u otro modo todos estamos afectados por la prosperidad o la adversidad, la satisfacción o el malestar, la eficiencia o ineficiencia, la riqueza o la pobreza del asalariado. Estas verdades son particularmente aplicables a una democracia que por su naturaleza ha de admitir la igualdad del hombre, ha de afirmar el derecho igual a acceder a las cosas buenas de la vida y ha de tomar las medidas necesarias para la realización de estas oportunidades”¹⁴.

De ahí, por lo demás, el trato que de la jurisprudencia internacional recibe la libertad de expresión en estos casos: “Esta Corte reconoce que la emisión de información concerniente al ámbito laboral, por lo general, posee un interés público. En un primer término, deriva en un interés colectivo para los trabajadores correspondientes, y con un alcance especialmente determinado¹⁴⁴, y más aún, cuando las opiniones trascienden al ámbito de un modelo de organización del Estado o sus instituciones en una sociedad democrática“(Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Lagos del Campo vs, Perú, sentencia del 31 de agosto del 2017, párrafo 111).

En ese caso pueden darse dos hipótesis: que dicho discurso sea sostenido por un trabajador cualquiera, en cuyo caso quedará al amparo constitucional de la libertad de expresión, o de un representante sindical de los trabajadores, donde el discurso quedará al amparo de la libertad sindical. En ambos casos, supone una protección reforzada como forma de garantizar que la expresión de ese trabajador sea el modo de dar voz al resto de los trabajadores.

14 ESTEY, J.A.: *The Labor Problem*. McGraw-Hill, New York, 1928. p 1.

En estos casos, las restricciones de la libertad de expresión por parte de la empresa -que adopten la forma de despido u otra conducta empresarial- debe considerarse ilícita y lesiva del derecho fundamental respectivo. Salvo una justificación de peso extremo y prioritaria para la salvaguarda de otro interés constitucional en juego, la justificación empresarial debe ser considerada en estos casos insuficiente.

En cualquier caso, por último, cabe oponer como límite al ejercicio del derecho de la libertad de expresión -y en rigor, en ningún derecho fundamentales del trabajador- ni el denominando principio de buena fe, ni menos los arcaicos deberes éticos del trabajador. Eso, como parece obvio, vulnera el principio de primacía constitucional de los derechos fundamentales. Esto es especialmente relevante en el caso de la libertad de expresión, cuyo contenido -como explicamos antes- puede suponer la protección de discurso críticos, ácidos e hirientes para el empleador, poco compatibles con la idea de moderación que suele rodear la retórica jurídica de la moderna buena fe o de la anticuada lealtad¹⁵.

BIBLIOGRAFÍA.

BUDD, J.: *El pensamiento sobre el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

FIGUEROA, R.: *Privacidad*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014.

GONZALEZ, D.: *Negociación Colectiva, Derecho de a la Información de los Sindicatos*. Der ediciones, Santiago, 2017

GONZÁLEZ, F.: “Censura judicial y libertad de expresión: Sistema interamericano y derecho chileno”. En: *AAVV. Libertad de Expresión en Chile*. Universidad Diego Portales, Santiago, 2006

LOVERA, D.: “Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución”. En: *AAVV La Constitución chilena*. Bassa et alt (editores). LOM editores, Santiago, 2015

15 Para una revisión crítica ver UGARTE, J. L.: “Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español”. En: *Revista de Derecho, PUCV*, N° 36, 2011, Valparaíso. pp. 141-164.

MARCIANI, B.: *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Palestra, Lima, 2004.

MEDINA, C.: “La libertad de expresión”. En: *AAVV Sistema Jurídico y Derechos Humanos, El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1996.

MONEREO, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas, Madrid, 1992.

PEREZ ROYO, J.: *Curso de Derechos Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2002.

RECENSIÓN

**SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH: *EL DERECHO PENAL DE LA
CONSTITUCIÓN CRIMINAL CAROLINA*
MONTEVIDEO-BUENOS AIRES, BDEF, 2018, 104 PÁGINAS**

RODRIGO GATICA PEÑALOZA*

En la vida la evolución es una constante; lo es también en el ámbito del Derecho y, en particular, en el campo del Derecho penal. Algunos conceptos jurídico-penales contemporáneos distan de lo que fueron en siglos anteriores. De este modo, su interpretación, marcada por los vaivenes de la política, condiciona que el estudio éstos comprenda necesariamente esta dimensión. El contenido de la obra que comentamos ratifica el aserto. Se trata de dos estudios de Friedrich Schaffstein sobre la *Constitutio Criminalis Carolina* traducidos directamente del alemán por el Profesor José Luis Guzmán Dalbora. El primer trabajo data de 1932 y lleva por título “Significación de la *Constitutio Criminalis Carolina* para la formación de conceptos jurídicos penales” (cfr. pp. 41-73); el segundo, más reciente, se remonta a 1984 y, especificando aún más el objeto de estudio, trata sobre la “Significación de la *Constitutio Criminalis Carolina* para la evolución de los tipos de delito jurídico-penales” (cfr. pp. 75-97). Como se sabe, la *Carolina* fue la primera gran ley imperial alemana, cuyo principal objetivo fue alcanzar una regulación comprensiva de todo un sector del Derecho; fue redactada en 1530 y aprobada dos años después, durante el reinado de Carlos V.

El primer estudio constituye una muestra de la convicción del autor en orden a que no se conoce el Derecho penal de un determinado periodo teniendo solo en cuenta sus fuentes normativas. Es, desde otra perspectiva, una implícita defensa de la importancia de la pesquisa histórica. Ya en las primeras líneas, Schaffstein señala que el estudio de la *Constitutio Criminalis Carolina* quedaría incompleto si éste se limitase únicamente a

* Ayudante de Derecho Penal, Universidad Católica del Norte (Antofagasta)

la historia de las fuentes y a la exégesis de sus artículos. El texto contiene normas penales y procesal penales fuertemente tocadas por el Derecho romano y canónico; tiene como precedentes principales (aunque no únicos) las *Halsgerichtsordnungen* de los germanos y la *Constitutio Criminalis Bambergensis italo-romana*. Una vez sentadas las fuentes, Schaffstein se propone responder la efectiva incidencia de la *Constitutio Criminalis Carolina* en la configuración ulterior del Derecho penal alemán; ahí reside el aporte del estudio. Para responder el interrogante, contrasta las penalidades y circunstancias atenuantes y agravantes presentes en este código con las existentes en 1932, arribando a la conclusión de que se trata de sistemas en principio idénticos, aunque con la importante salvedad de que en la primera no existía una delimitación nítida entre unas y otras. En seguida, rastrea la eficacia de este monumento jurídico en el ulterior desarrollo de los conceptos penales materiales y algunas diferencias penológicas derivadas de distinciones de carácter conceptual. En cuanto al primer aspecto, por ejemplo, demuestra cómo el concepto de culpabilidad predominante a la época del estudio (1932) era tributario de la rudimentaria forma que había adquirido exactos cuatro siglos antes. En ese sentido, sin embargo, advierte que el principal obstáculo metodológico para medir el impacto local posterior consiste en el hecho de que muchos de los conceptos que la *Constitutio* hizo suyos (piénsese en los conceptos de dolo y culpa) fueron directamente extraídos de la tradición itálico-romana. Como contrapartida, Schaffstein también se ocupa de los aspectos más originales del documento, como la definición de legítima defensa (artículo 139) —que destacó por sobre otras a partir del requisito de la persecución con armas mortales y la restricción de la defensa a la tutela del cuerpo y de la vida— o el concepto de tentativa: ambas se remontan al Derecho alemán, en este sentido distantes del Derecho romano, que no obstante conservó su predominio “jurídico-cultural” ante estas innovaciones.

Como anticipé, la segunda parte del volumen aborda cuestiones referidas a la Parte especial, como la distinción entre el asesinato premeditado e intencionado y el homicidio impremeditado, o por arrebató o cólera, sin la exculpación nombrada. El repaso se lleva adelante siempre teniendo a la vista el modelo romano, que se mostró mucho más potente que el alemán. Ésta es la tónica durante prácticamente todo el trabajo de Schaffstein: realiza paralelos entre algunos conceptos surgidos en la doctrina romana y otros surgidos de forma autónoma en la tradición germánica, concluyendo que —también en la Parte especial— la primera casi siempre se impuso sobre la segunda. El ensayo concluye señalando que solo podremos entender la

significación general de este antiguo texto si no se pierde de vista la tarea que sus autores se propusieron al momento de su creación, a saber, el (re) establecimiento de la seguridad jurídica y la unificación del Derecho penal en todo el imperio alemán.

Se trata de un texto realmente interesante, que da cuenta que, si bien la *Constitutio Criminalis Carolina* no logró consagrarse del todo frente al influjo romano, sí tuvo una indiscutible resonancia en la Historia del Derecho penal alemán. Celebramos en ese sentido la elegante introducción a cargo de Guzmán Dalbora (cfr. pp. 9-40), pues constituye una impecable contextualización de su gestación y fuentes, oportunamente redondeadas con interesantes notas sobre la vida y obra del autor de los ensayos.

Schaffstein nació en 1905 y falleció en 2001, a la edad de 96 años. Fue conocido fundamentalmente por ser miembro de la Escuela de Kiel y por su contribución teórica al Derecho penal nacionalsocialista. A partir de 1933 fue miembro de la asociación nacionalsocialista de juristas alemanes y, entre 1937 y 1945 fue militante del partido nacionalsocialista alemán de los trabajadores. Ciertamente la vida y obra del autor no se reduce a esta página oscura y la excelencia y erudición de estos estudios es la prueba más elocuente de ello.

**NORMAS
EDITORIALES**

NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

1. La Revista de Ciencias Sociales publica volúmenes misceláneos y, excepcionalmente, volúmenes monográficos cuando así lo decida, junto al equipo de dirección, el Comité Editorial. En los volúmenes misceláneos de la *Revista de Ciencias Sociales* se publican artículos de investigación, notas doctrinales o traducciones de éstos, conferencias y comunicaciones sobre temas de interés en las diferentes áreas del Derecho, Filosofía Jurídica, Filosofía Moral, Filosofía Política y Sociología. También se publican reseñas acerca de obras de reciente publicación en estas disciplinas.

2. En los volúmenes monográficos se publican trabajos de autores especialmente invitados a referirse a un tema o a un autor determinado.

3. Los autores remitirán sus trabajos, que deberán ser inéditos y originales, adjuntándolos a un mensaje de correo electrónico dirigido a la siguiente dirección: rcienciassociales@gmail.com o a través de la plataforma *Open Journal System* (<http://revistas.uv.cl/index.php/rcs>). Cada autor podrá enviar, como máximo para ser publicados en un solo volumen, un artículo o una nota y dos reseñas. Se recibirán colaboraciones durante todo el año.

4. Los autores solo entenderán debidamente recibidos sus trabajos por el destinatario cuando así se les comunique expresamente por correo electrónico. Una vez confirmada la recepción de un trabajo, el autor se entiende comprometido a esperar la respuesta acerca de su aceptación o rechazo antes de someterlo a la consideración de otra publicación periódica. Confirmada la recepción de los trabajos, la Editorial EDEVAL tendrá derecho para publicarlos en la *Revista de Ciencias Sociales*.

Los autores, al presentar cualquier colaboración, son responsables de declarar todas las relaciones personales, académicas, profesionales, y financieras que pudieran sesgar sus trabajos. Para tales efectos, deberán comunicar por escrito a la Revista de Ciencias Sociales, junto con la

presentación del artículo, una declaración de intereses. En cualquier caso, los autores estarán obligados a identificar explícitamente, si procediere, a las personas que colaboraron en la redacción del manuscrito y la fuente de financiamiento del mismo.

Los autores podrán, si lo consideran pertinente, dar a conocer a la dirección de la Revista los conflictos de interés que pudieran tener con una o más personas que eventualmente podrían ser designadas como árbitros. Esta información será estrictamente confidencial.

El equipo de dirección de la Revista evitará seleccionar evaluadores que pertenezcan a la misma Institución de los autores y de la Facultad que edita la Revista. Los árbitros deberán comunicar al equipo de dirección de la Revista cualquier conflicto de interés que pudiera afectar su evaluación y abstenerse de evaluar trabajos si lo consideran pertinente por razones fundadas.

Los editores de la Revista de Ciencias Sociales que tomen la decisión final sobre la posible publicación de un trabajo no deberán tener ninguna relación personal, profesional o financiera con sus autores. La Revista de Ciencias Sociales se compromete a no usar con ningún fin diverso a la propia resolución del conflicto de interés la información revelada por autores y árbitros.

5. Todos los trabajos estarán redactados en lengua castellana, procesados en formato *Word 6.0* o superior, con interlineado a espacio y medio y letra fuerte *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta. Su extensión máxima será de treinta páginas para los artículos, de quince páginas para las notas, y de cinco páginas para las reseñas, excluyéndose en todos los casos la bibliografía.

6. Los autores procurarán que los títulos de sus trabajos sean breves, pudiendo hacer uso de un subtítulo cuando lo estimen necesario.

7. Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, los autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen (indicando la facultad y/o departamento al que estén vinculados) y la dirección de contacto, esto es, ciudad, país y e-mail.

8. El cuerpo de los artículos y notas doctrinales deberá ir precedido de un resumen o *abstract*, en castellano y en inglés, que no exceda las diez líneas escritas con interlineado sencillo. Bajo cada uno de éstos, en

la lengua correspondiente, los autores deberán indicar entre tres y cinco palabras clave que refieran a las cuestiones tratadas.

9. Las notas se indicarán con llamadas en números correlativos al pie de página. La letra de las notas usará la fuente Times New Roman 10.

10. Las citas, en notas al pie de página, seguirán el uso continental, como sigue:

a) Si se trata de un libro, se indicará el apellido del autor citado con todas sus letras mayúsculas, seguido su nombre con minúsculas (salvo la primera letra que será mayúscula), y, tras dos puntos, el título correspondiente en letra cursiva, para terminar con los datos editoriales y las páginas referidas, según costumbre. Por ejemplo:

ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). Pág. 205.

b) Si se trata de un trabajo contenido en una revista, deberá indicarse el apellido del autor citado con todas sus letras mayúsculas, seguido su nombre con minúsculas (salvo la primera letra que será mayúscula), y, tras dos puntos, el título correspondiente entre comillas. Luego de un punto seguido se señalará, en cursiva, el nombre de la revista (precedido por la preposición “En:”), la institución responsable si la hubiere, el número del volumen, el año y las páginas referidas. Por ejemplo:

BOBBIO, Norberto: “La Teoría Pura del Derecho y sus críticos”. En: *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, N° 6, 1974, Págs. 299 y ss.

c) Si se trata de una obra colectiva deberá indicarse el apellido del autor citado con todas sus letras mayúsculas, seguido su nombre con minúsculas (salvo la primera letra que será mayúscula), y, tras dos puntos, el título correspondiente entre comillas. Luego de un punto seguido se señalará, precedido de la preposición “En” y con minúsculas (salvo la primera letra que en cada caso será mayúscula), el apellido y el nombre del coordinador o editor de la obra y, tras dos puntos, el nombre de la misma y los datos editoriales y las páginas referidas, según costumbre. Por ejemplo:

HART, Herbert: “El positivismo jurídico y la independencia entre Derecho y la moral”. En: Dworkin, Ronald: *Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1980. Págs. 35 y ss.

d) Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contienda en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del mismo autor y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión “Íbíd” o “Íbidem” seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor, se indicará sólo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión “ob. cit” Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión “cit.” u “ob. cit”.

11. Al final de cada trabajo, deberá consignarse la bibliografía de todas las obras consultadas para el trabajo y de las citadas en él.

12. Los trabajos serán sometidos a la consideración de, al menos, dos evaluadores especialistas en cada disciplina, quienes, en el término máximo de dos meses, enviarán la Revista su valoración. Ésta será comunicada inmediatamente, vía correo electrónico, a los autores por intermedio del Director de la *Revista de Ciencias Sociales*, informándoles si los artículos han sido aceptados, aceptados con reparos formales, observados o rechazados. Los evaluadores ignorarán la identidad y los antecedentes del autor y éste ignorará la identidad de los evaluadores. Si un trabajo ha sido aceptado con reparos formales, una vez subsanados estos por el autor, el trabajo será publicado, al igual que los derechamente aceptados, en el volumen del semestre siguiente al de su aceptación definitiva. Un trabajo observado podría ser reelaborado por el autor al tenor de las observaciones sugeridas y, para su publicación, seguirá e procedimiento habitual.

13. Editado el correspondiente volumen, los autores cuyos trabajos aparezcan publicados recibirán dos ejemplares del correspondiente número de la *Revista de Ciencias Sociales* y veinte separatas de los mismos.

SE TERMINÓ
la impresión de este libro
en los talleres gráficos de
E D E V A L
Avda. Errázuriz, n° 2120
en la ciudad de
Valparaíso (Chile),
en junio del
año dos mil
v e i n t e

