UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Identidad fundamental de la actuación empresarial punible

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Gabriel Rodriguez-Ramos Ladaria

DIRIGIDA POR

Antonio del Moral García
Alfredo Liñán Lafuente

Madrid

© Gabriel Rodriguez-Ramos Ladaria, 2024

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

IDENTIDAD FUNDAMENTAL
DE LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL PUNIBLE

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Gabriel Rodriguez-Ramos Ladaria

DIRECTORES

D. Antonio del Moral García
D. Alfredo Liñán Lafuente

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

IDENTIDAD FUNDAMENTAL DE LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL PUNIBLE

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Gabriel Rodriguez-Ramos Ladaria

DIRECTORES

D. Antonio del Moral García
D. Alfredo Liñán Lafuente

D9BH - DOCTORADO EN DERECHO

A mis padres, por todos los consensos fundamentales que nos han sabido transmitir.

A Victoria, por compartir conmigo los suyos, dar forma a los nuestros y conseguir hacerlos realidad.

A Gabriel, Valentina y Julieta, que han ido llegando en paralelo a esta tesis alegrándonos los días y robándonos las noches.

A mis directores por su esfuerzo, su paciencia y por la sabia guía que me han dado durante todo este tiempo para llevarme hasta aquí.

A mis profesores y a los académicos, magistrados y profesionales referidos en esta investigación, verdaderos protagonistas del consenso nuclear de esta tesis.

A todos los que, de distintas formas, han intervenido en este proceso con sus revisiones, comentarios, consejos y tiempo.

A todos, muchas gracias.

❖ **RESUMEN** ... 6
❖ **ABSTRACT** ... 8
❖ **INTRODUCCIÓN** ... 10
❖ **PRIMERA PARTE** ... 13
I. SISTEMAS DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES CON INCIDENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y RELACIÓN ENTRE ELLOS. ... 13
A. Adhesión del sistema español al sistema del Consejo de Europa. ... *14*
1. Relación con las normas interpretativas (arts. 31 y 32) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. ... 15
2. Reconocimiento de dimensiones inherentes a los derechos expresamente reconocidos en el Convenio. ... 16
3. Interpretación autónoma de conceptos por el TEDH. ... 17
4. El Convenio como instrumento vivo. ... 20
5. Obligaciones negativas, positivas y efecto horizontal ... 22
B. Relación del sistema del Consejo de Europa con el sistema de la Unión Europea ... *23*
C. Adhesión del sistema español al sistema de la Unión Europea ... *29*
D. Situaciones identificables ... *33*
II. PERSONA JURÍDICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES ... 33
A. CEDH - TEDH ... *33*
B. CDFUE – TJUE ... *34*
C. CE - TC ... *36*
III. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS RELACIONADOS CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA ... 38
A. Igualdad ante la Ley y no discriminación ... *38*
1. Delimitación ... 38
- CEDH – TEDH: art. 14 CEDH y arts. 1 y 2 del Protocolo 12. ... 38
- CDFUE – TJUE: arts. 20 y 21 CDFUE ... 41
- CE – TC: art. 14 CE ... 46
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica ... 51
- CEDH - TEDH ... 51
- CDFUE - TJUE ... 51
- TC – CE ... 54
B. Derecho fundamental a la propiedad ... *58*
1. Delimitación ... 58
- CEDH – TEDH: art. 1 Protocolo 1 ... 58
- CDFUE – TJUE: art. 17 CDFUE ... 66
- CE – TC: art. 33 CE ... 72
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica ... 76
- CEDH – TEDH ... 76
- CDFUE – TJUE ... 76
- CE – TC ... 77
C. Libertad de empresa ... *77*
1. Delimitación ... 77
- CEDH – TEDH ... 77
- CDFUE – TJUE: art. 16 CDFUE ... 78
- CE – TC: Art. 38 CE ... 81
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica ... 88
- CEDH – TEDH ... 88
- CDFUE – TJUE ... 88
- CE – TC ... 88
D. Derecho fundamental al respeto de la vida privada ... *89*
1. Delimitación ... 89
- CEDH – TEDH: art. 8 ... 89
- CDFUE – TJUE: arts. 7 y 8 CDFUE ... 96
- CE – TC: art. 18.1 CE ... 104
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica ... 126
- CEDH – TEDH ... 126

- CDFUE – TJUE 127
- CE – TC 134

E. Derecho fundamental al respeto del domicilio 136

1. Delimitación 136
   - CEDH – TEDH: art. 8 136
   - CDFUE – TJUE: art. 7 CDFUE 138
   - CE – TC: art 18.2 CE 139
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 147
   - CEDH – TEDH 147
   - CDFUE – TJUE 147
   - CE – TC 149

F. Derecho fundamental al respeto de la correspondencia 151

1. Delimitación 151
   - CEDH – TEDH: art. 8 CEDH 151
   - CDFUE – TJUE: art. 7 CDFUE 154
   - CE – TC: art. 18.3 CE 155
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 161
   - CEDH – TEDH 161
   - CDFUE – TJUE 162
   - CE – TC 162

G. Derecho fundamental a la legalidad sustantiva de los delitos y de las penas, irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables. 163

1. Delimitación 163
   - CEDH – TEDH: art .7.1 CEDH 163
   - CDFUE – TJUE: art. 49 CDFUE 172
   - CE – TC: art. 25.1 CE 180
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 187
   - CEDH – TEDH 187
   - CDFUE – TJUE 190
   - CE – TC 195

IV. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES PROCESALES RELACIONADOS CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA 198

A. Derecho fundamental a la presunción de inocencia 198

1. Delimitación 198
   - CEDH – TEDH: art. 6.2 CEDH 198
   - CDFUE – TJUE: art. 48.1 CDFUE y Derecho derivado 204
   - CE – TC: art. 24.2 CE 207
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 213
   - CEDH – TEDH 213
   - CDFUE – TJUE 214
   - CE – TC 218

B. Derecho a la tutela judicial efectiva 219

1. Delimitación 219
   - CEDH – TEDH: art. 6.1 CEDH 219
   - CDFUE – TJUE: art. 47 CDFUE y Derecho derivado 237
   - CE – TC: art. 24.1 y 117 CE 248
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 270
   - CEDH – TEDH 270
   - CDFUE – TJUE 271
   - CE – TC 271

C. Derecho fundamental de defensa 273

1. Delimitación 273
   - CEDH – TEDH: art. 6.3 CEDH 273
   - CDFUE – TJUE: arts. 47.3 y 48.2 CDFUE y derecho derivado 283
   - CE – TC: art. 24.2 CE 294
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 321
   - CEDH – TEDH 321
   - CDFUE – TJUE 322
   - CE – TC 325

D. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme conforme a la ley 327
1. Delimitación 327
- CEDH – TEDH: art. 4 Protocolo 7 327
- CDFUE – TJUE: art. 50 CDFUE. 333
- CE – TC: art. 25 CE -idem- y 24.1 CE -bis-. 343
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 349
- CEDH – TEDH 349
- CDFUE – TJUE 349
- CE – TC 350
E. Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal 351
1. Delimitación 351
- CEDH – TEDH: art. 2 Protocolo 7 351
- CDFUE – TJUE 353
- CE – TC: 24.1 353
2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica 354
- CEDH – TEDH 354
- CDFUE – TJUE 354
- CE – TC 354
V. CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN 354

❖ **SEGUNDA PARTE 358**

I. PLANTEAMIENTO DE LA SEGUNDA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN 358
II. LA IMPORTANCIA DEL CONSENSO PARA LA EFECTIVIDAD DE LA NORMA 359
A. Introducción 359
B. La norma como acto del habla 359
C. Los componentes de la norma 369
D. La lógica en las normas 377
E. El consenso como método epistémico 386
F. Algunas conclusiones 387
III. EL CONSENSO SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA EMPRESA PARA LA CIENCIA ECONÓMICA 390
A. La organización económica como sistema de relaciones internas y de transacciones externas 390
B. La propiedad como factor condicionante de las relaciones, las transacciones, el beneficio y el control de la empresa. 402
C. Algunas conclusiones 408
IV. EL CONSENSO EN LA SOLUCIÓN AL CONTROL INDIRECTO DE LOS PROPIETARIOS. 410
A. Los orígenes 410
B. Propagación del estándar COSO en EEUU 412
1. COSO 1992 y su incorporación al "Statement Auditing Estándar 78" (AU § 319) 412
2. COSO 1992, su vinculación con SOX y con las Reglas 240 del Securities Exchange Act 413
3. COSO 2013 y su incorporación al "Green Book: Standards for Internal Control in the Federal Government" 416
C. Propagación global del estándar COSO 416
D. Propagación Europea y española del estándar COSO a través de las NIA 418
E. Propagación en el sector institucional público europeo y español del estándar COSO 421
F. Contenido del marco COSO 1991-2013, de control interno 422
1. El entorno de control 427
2. La evaluación de riesgos 429
3. Actividades de control 430
4. Actividades de Información y comunicación 431
5. Actividades de supervisión 433
G. Evolución de COSO 1992 a COSO 2013 433
H. Otras soluciones a los costes de propiedad. 435
1. CoCo 435
2. Turnbull, actual "Guidance on Risk Management, internal control and related Financial and Business Reporting" 437
3. INTOSAI 438
4. COBIT 439
5. Metodologías de gestión de riesgo: COSO ERM 440

I. Algunas conclusiones. ... *441*
V. CIENCIA EMPRESARIAL, SOLUCIONES AL CONTROL INDIRECTO DE LOS PROPIETARIOS Y RELACIÓN CON LAS FORMAS SOCIETARIAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ... 442
A. Introducción ... *442*
B. Sociedades civiles ... *443*
C. Sociedades mercantiles ... *444*
1. Sociedad regular colectiva ... 444
2. Sociedad comanditaria ... 444
3. Sociedad anónima ... 444
- Sociedades anónimas europeas (Societas Europaea - SE) ... 449
- Sociedades anónimas cotizadas ... 451
- Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) ... 455
- Instituciones de inversión colectiva alternativa. ... 461
- Empresas de servicios de inversión ... 466
- Planes y Fondos de pensiones y Entidades Gestoras ... 467
- Sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI). ... 470
- Otros requerimientos de gobierno corporativo a sociedades anónimas de determinadas industrias ... 470
  - ♦ Entidades de crédito ... 470
  - ♦ Entidades aseguradoras y reaseguradoras ... 477
  - ♦ Mutuas de seguros ... 480
  - ♦ Mutualidades de previsión social ... 480
- Sociedades anónimas de garantía recíproca ... 480
- Sociedades anónimas deportivas (SAD) ... 481

4. Sociedad de responsabilidad limitada ... 481
5. Entidades de Interés público ... 482
6. Otras sociedades o patrimonios mercantiles ... 486
- Sociedades Cooperativas, cooperativas de segundo grado y grupos cooperativos. ... 486
- Sociedades Cooperativas Europeas (SCE) ... 489
- Sociedades Profesionales ... 490
- Sociedades Laborales y Participadas ... 491
- Agrupaciones de interés económico ... 491
- Uniones temporales de empresas ... 491
- Cuentas en participación ... 492

D. Otras formas asociativas privadas ... *492*
1. Asociaciones. ... 492
2. Fundaciones: ... 493
E. Algunas conclusiones ... *495*
VI. UNA TEORÍA DE LA ACTUACIÓN PENAL DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES. ... 496
A. Posiciones dogmáticas. ... *496*
B. Presupuestos de la actuación penal de la organización empresarial propuesta ... *510*
C. La actuación típica y culpable de la organización empresarial ... *517*
D. El control interno: elemento de la actuación, de la tipicidad y (por diferencia entre ambos) de la culpabilidad de potencial contenido infinito ¿alguna solución frente a la arbitrariedad? ... *521*
E. Los destinatarios de la norma penal. ... *526*
F. Posicionamiento dogmático: autorresponsabilidad y beneficio de los propietarios como hecho de conexión ... *528*
G. Algunas conclusiones. ... *532*
VII. UNA PROPUESTA NORMATIVA DE *LEGE FERENDA* DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 535
A. Presupuestos para la tipicidad de la organización empresarial ... *535*
B. Normativa extrapenal de control interno ... *539*
C. Normativa penal ... *540*
D. Algunas conclusiones ... *543*
VIII. CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN ... 544

❖ **TERCERA PARTE** ... **548**

I. PLANTEAMIENTO DE LA TERCERA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN ... 548

II. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS RELACIONADOS CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA 548
A. Igualdad ante la Ley y no discriminación 548
B. Derecho fundamental a la propiedad 551
C. Libertad de empresa 551
D. Derecho fundamental al respeto de la vida privada, al domicilio, las comunicaciones y la correspondencia. 553
E. Derecho fundamental a la legalidad sustantiva de los delitos y de las penas, irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables. 553
1. Aplicabilidad/compatibilidad de la teoría de la actuación penal propuesta con la normativa europea de responsabilidad de las personas jurídicas y con la actual tipicidad española. 553
2. Previsibilidad de la norma penal. 557
3. Responsabilidad por el hecho propio. 559
4. Culpabilidad. 562
5. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles ¿no extinción de la responsabilidad penal pese a extinguirse la personalidad jurídica? 564
III. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES PROCESALES RELACIONADOS CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA 568
A. Derecho fundamental a la presunción de inocencia 568
B. Derecho a la tutela judicial efectiva 570
C. Derecho fundamental de defensa 570
D. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme conforme a la ley 570
E. Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal 571
IV. CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN 571

❖ **CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN 573**

❖ **REFERENCIAS 586**

I. ABREVIATURAS 586
II. JURISPRUDENCIA CITADA 587
A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos 587
B. Tribunal de Justicia de la Unión Europea 602
C. Tribunal Constitucional 608
III. BIBLIOGRAFÍA 622

❖ RESUMEN

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue incorporada al CP en la reforma de 2010, complementada en la de 2015. Aunque se trataba de incorporar a un sistema penal antropocéntrico una novedad radicalmente contraria a la tradición de los códigos españoles fundados en el principio *societas delinquere non potest*, en realidad se trataba de dar un paso más que fundamentara la imposición de unas penas, eufemizadas hasta entonces bajo el nombre de "*consecuencias accesorias del delito*" (art. 129 CP) y que en la reforma de 2003 se completó con la posibilidad de imponer la pena de multa a la persona jurídica al amparo del nuevo apartado 2 del artículo 31, penas todas ellas que se podían aplicar a la persona jurídica sin declararla previamente penalmente responsable.

Sin perjuicio de la coherencia evolutiva del reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el CP, no deja de ser la incorporación de un cuerpo extraño en un sistema centrado en la responsabilidad de las personas físicas, protuberancia que, aun cuando muy probablemente requerirá nuevas modificaciones legislativas, reclama de apoyos dogmáticos que ayuden en la comprensión de la labor de imposición de penas a las personas jurídicas conforme a los derechos y garantías del proceso penal de los que estos nuevos sujetos llamados al mismo son titulares.

Esta tesis pretende una aportación pragmática en tal sentido, construyendo sobre su doble realidad jurídica y empresarial. La jurídica se basa en el estado de consenso sobre los derechos fundamentales atribuidos a la persona jurídica en el proceso penal; y la segunda busca en las ciencias empresariales y en la actividad empresarial y profesional un consenso básico sobre aquello que defina la actuación de la organización empresarial; identificado ese consenso se usará como base para la elaboración de una teoría de la actuación de la organización empresarial y, sobre la misma, formular una propuesta de su actuación penal.

Conviviendo con la tradicional dogmática jurídico penal de la persona física, se contrasta si la propuesta puede contribuir, tanto por vía interpretativa como con propuestas *de lege ferenda*, a otorgar a este nuevo sujeto de responsabilidad penal una mayor seguridad jurídica como resultado de potenciar sus derechos fundamentales sustantivos y procesales.

2. La primera parte de la investigación busca identificar cuáles son los derechos fundamentales vinculados al proceso penal que se reconozcan a la persona jurídica y con qué contenido en los tres sistemas de derechos fundamentales que conviven en nuestro ordenamiento jurídico: el sistema del CEDH – TEDH, prevalente sobre el de la Unión Europea CDFUE – TJUE, y ambos sobre el nacional CE – TC.

La forma de hacerlo es concretar, en primer lugar, el contenido y alcance reconocido por cada uno de los tres sistemas y para cada uno de los derechos fundamentales a las personas físicas, para después expresar cuál es el contenido que se haya reconocido a las personas jurídicas.

Cualquier planteamiento de la actuación penal de la persona jurídica que se proponga deberá, como mínimo, ser compatible con el contenido de esa identidad fundamental y, además, su utilidad será directamente proporcional a la capacidad que tenga su uso de maximizar la aplicación efectiva de los mismos en los procesos penales, con el resultado buscado de incrementar la seguridad jurídica de las organizaciones empresariales en relación a su responsabilidad y los procesos penales.

3. La segunda parte de la investigación integra el planteamiento de la tesis, esto es, una teoría de la actuación de las organizaciones empresariales y de la actuación penal de las personas jurídicas.

Para ello se parte de los aprendizajes que los estudios del lenguaje, de la norma y de la lógica han aportado sobre necesidad de partir de una propuesta de actuación del sujeto cuya conducta se pretende someter a la norma (y sus operadores deónticos) y como esa propuesta que necesariamente ha de formularse a través del lenguaje (como condición de existencia de la norma), constituye un hecho institucional que requiere de la búsqueda del máximo consenso previo sobre su contenido.

Desde esos aprendizajes, la investigación se centra en buscar en primer lugar ese consenso sobre la actuación de las empresas en el estado actual de las ciencias económicas y empresariales, y en aquellos factores que para las mismas definan a las empresas, como realidades distintas a las conductas de las personas físicas. Y, a su vez, se enfoca en la actividad normativa, empresarial y profesional sobre qué soluciones de consenso se hayan identificado para gestionar el control interno de las organizaciones empresariales. A continuación, siendo la persona jurídica una realidad normativa, se desarrolla un análisis de las formas que la persona jurídica puede adoptar en nuestro ordenamiento jurídico y su relación con los parámetros identitarios resultantes de los consensos de las ciencias económicas y empresariales previamente identificados.

El anterior resultado permite ya formular una teoría de la actuación de la organización empresarial y, desde ella, una teoría de la actuación punible de la persona jurídica, entendiendo por tal su actuación típica y culpable. Y, a su vez, se propone una determinada redacción de los arts. 31 bis y 31 ter CP (el resto del ordenamiento no necesitaría de modificación), que cristalizara normativamente la pretendida mejora de la seguridad jurídica.

4. La tercera parte de la investigación integra la comprobación de la tesis, esto es, el contraste de si la teoría de la actuación penal de las organizaciones empresariales planteada, respeta y potencia los derechos fundamentales de la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal (identificados y concretados en la primera parte de la investigación) y, por lo mismo, si se puede considerar que potencia la seguridad jurídica de las organizaciones empresariales en relación a su responsabilidad y los procesos penales a los que pudieran ser llamados.

❖ ABSTRACT

1. The criminal liability of legal entities was incorporated into the Spanish Criminal Code in 2010 and complemented in 2015. Although it was an incorporation into an anthropocentric criminal system based on the principle societas delinquere non potest, it was also a coherent evolution (imposed by EU) to the "accessory consequences of the crime" (art. 129 CP) which since 2003 coexisted with the possibility of imposing fines to legal entities, under the new paragraph 2 of article 31, without declaring it´s previously criminal liability. Even that evolution coherence, the incorporation of a foreign body into a system created around the responsibility of natural persons demands doctrinal support (and, surely, also new legal amendments) to solve the frictions that arise when imposing penalties to legal persons through the criminal proceedings.

This thesis aims to be a pragmatic contribution in this sense, built from the dual legal and business reality of the new criminal subjects. The legal emerges from the recognition of the fundamental rights attributed to the legal entities in criminal proceedings, concreting it´s scope; and the second one seeks in the economic sciences and professional activity, searching for basic consensus on what defines the business organization performance; those consensus are used as the seed of the proposed theory of the business organization conduct, applied to their criminal responsibility.

Coexisting with the doctrinal framework for natural persons, the proposed theory is then questioned whether it could contribute, through both interpretation and proposals for new legislative reforms, to increased legal certainty of companies by strengthening their substantive and procedural fundamental rights when facing a criminal process.

2. The first part of the investigation seeks to identify what fundamental rights linked to criminal proceedings (substantive and procedural) are recognized to the legal entities through the three systems of fundamental rights that coexist: the ECHR-ECtHR system, prevailing over the European Union CFREU-CJEU, and both over the national CE - TC system.

The methodology is to specify, first, the content and scope recognized by each of the three systems and for each of the fundamental rights, to natural persons, and then expressing what content has been recognized to legal entities.

Any approach to the criminal conduct of the legal entities proposed must, at a minimum, be compatible with the content of that fundamental identity, and moreover, its usefulness will be directly proportional to the capacity of its use to maximize the effective application of them in criminal proceedings, with the

sought result of increasing the legal certainty of business organizations regarding their liability and criminal proceedings.

3. The second part of the investigation integrates the thesis, that is, the theory of the conduct of business organizations and the criminal conduct of legal entities.

It departs from the conclusions that doctrines of language, norms, and logic have reached, that is, the necessity to define a proposal of action of the subject whose behavior is intended to be subjected to the norm (and its deontic operators), and how that proposal, which necessarily must be formulated through language (as a condition of the existence of the norm), constitutes an institutional fact that requires the maximum prior consensus on its content.

From these learnings, the research focuses first on seeking that consensus in the current state of economic and business sciences, searching the factors that define companies as different realities from the behaviors of natural persons. Then, it focuses on normative, business, and professional solutions to internal control of business organizations. Being the legal entity a normative reality, the forms that the legal entity can adopt in our legal system are analyzed through the identity parameters resulting from the consensus of economic and business sciences.

The previous result already allows to formulate a theory of the conduct of the business organization and, from it, a theory of the criminal conduct of legal persons.

4. The third part of the research integrates the verification of the thesis, that is, the contrast of whether the theory of the criminal conduct of business organizations proposed respects and enhances the fundamental rights of the legal entities as a subject of criminal liability (identified and specified in the first part of the research) and, therefore, if it can be considered that it enhances the legal certainty of business organizations when facing a criminal proceeding.

❖ INTRODUCCIÓN

1. Una tesis en derecho tiene que integrar las normas existentes de lo que constituya su objeto y los resultados de su aplicación por los tribunales, y debe hacerlo con la mayor precisión y alcance de la que se sea capaz.

Pero considero que constituyen también fuentes de creatividad y oportunidad intelectual para acercarse a la verdad (o aumentar la precisión de las propuestas, como se prefiera, meta de una tesis en derecho en cualquier caso) una serie de realidades con capacidad de tratamiento intelectual que comparten siempre todos los operadores jurídicos (el legislador, el ejecutor, el juzgador y las partes) llamados a relacionarse con ese derecho y que, de variar, pueden hacen cambiar esa aplicación/relación del/con el derecho. Estoy hablando de la norma (como punto de necesaria confluencia -hasta física- de los operadores), del lenguaje (como condición de expresión de la norma) y del objeto de lo que se haya de someter a esa norma (como realidad sometible, a su vez, al estudio científico autónomo -y no necesariamente jurídico-).

Además de fuentes potenciales de creatividad y oportunidad intelectual, creo que prestar atención a los mismos constituye también una vía para robustecer los planteamientos intelectuales: una investigación que no adopte una posición con respecto a ellos siempre cederá ante los embates de las críticas que tengan origen en planteamientos de esos puntos que sean distintos de aquellos en los que (consciente o inconscientemente) se haya basado.

2. Aplicado sobre el objeto de esta tesis (la responsabilidad penal de las personas jurídicas), en las líneas que siguen se explican los fundamentos y se busca aplicar una metodología de investigación estructurada sobre los siguientes pilares:

(i) El estado actual de la filosofía del lenguaje y la comunicación propone teorías para explicar las condiciones que hacen que un lenguaje expresado por alguien genere después los efectos en la realidad pretendidos con ese uso del lenguaje.

Se aprovecha el punto de confluencia de estas teorías, que señalan como presupuesto de los hechos sociales (en realidad institucionales, esto es, lo que van más allá de los físicos) la necesaria existencia de un consenso entre los que los comparten esa realidad. Los hechos institucionales (sociales, no físicos) requieren de un consenso previo entre quienes los comparten (en sus ejemplos más básicos, las reglas del ajedrez o del rugby). Cuanto mayor el consenso, mejor es la comunicación.

Las empresas son un hecho institucional. Con un esqueleto normativo común, cada una es mucho más y cada una se concreta en una realidad distinta. Si se pretende generar resultados en esas empresas, **cuanto mayor sea el consenso sobre qué sea ese hecho institucional** entre el legislador (quién expresa el lenguaje que desea que se transforme en realidades de otros), el aplicador (el juzgador y el ejecutor) y las partes (el protagonista de las realidades que pretende la norma), **mejor será la comunicación** entre ellas.

(ii) **La norma** que requiere del lenguaje, **integra** además (como elemento de fiabilidad común) **la lógica (deóntica)** que sustenta la más importante operación del juzgador, la subsunción del hecho en el derecho. Esa subsunción (y, en un plano teórico, los operadores deónticos) requieren para ser precisos de un concepto de acción del destinatario de la norma (qué se le puede pedir, qué operadores deónticos se le pueden aplicar).

Cuanto más certero sea ese preconcepto de acción, mejor subsunción se operará.

(iii) El principio de legalidad (en su expresión en la norma y en su aplicación de la norma) se mide por la eficiencia de la comunicación: debe poder accederse al comportamiento preciso deseado o prohibido, debe poder entenderse, y debe después poder ser igualmente preciso en su aplicación (subsunción) a hechos probados.

Mejoras en la comunicación conducirán a mejoras de legalidad. Si la comunicación mejora cuanto mayor sea el consenso en los hechos institucionales y si la lógica de las normas mejora si se parte de un concepto de acción (sobre la que aplicar los operadores deónticos), hay un objeto de investigación claro: **la búsqueda de un consenso sobre qué pueda ser la actuación de las empresas como hecho institucional** y como presupuesto de la aplicación de los operadores deónticos y del desarrollo de operaciones de subsunción.

(iv) Queda por decidir **dónde se busca ese consenso.** Y al apuntar hacia la realidad que ha de tener que ser valorada por los jueces, la actividad de las empresas, la investigación se topa con que la misma es el objeto de una ciencia, la empresarial.

Esa ciencia lleva más de doscientos años tratando de explicar qué factores dan lugar al éxito de las empresas y permiten predecir su comportamiento y resultados (como hechos institucionales), esto es, lo que tienen que ser objeto tanto de la labor del legislador, como de aplicación por las propias empresas y posterior labor de valoración del juzgador.

Dentro de ese marco de las ciencias empresariales, se busca de nuevo cuál sea a día de hoy la zona de mayor consenso para explicar el comportamiento y la configuración de las empresas, alcanzándose una propuesta. Esa propuesta se contrasta con la realidad normativa que configura el régimen legal (no penal) de las empresas, descubriendo que efectivamente está presente, es identificable y ya está siendo usada por el legislador.

(v) Sobre esa propuesta de factores que definen la actuación de las empresas (propuesta de consenso de ese hecho institucional), se formula una teoría de la actuación típica y culpable de las empresas y, ya sobre la misma, una propuesta de *lege ferenda* de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. El orden de la investigación que estructura la anterior metodología es el siguiente:

(i) En la primera parte de la tesis se trata de agotar para el objeto de la tesis (la responsabilidad penal de las personas jurídicas) cuáles son las normas fundamentales que le afectan y su aplicación por los Tribunales de los tres sistemas que definen nuestro ordenamiento jurídico: el del Consejo de Europa, el de la Unión Europea y el del Reino de España.

De esta forma se alcanza la expresión del consenso fundamental de lo que, jurídicamente, define a las empresas en toda Europa, esto es, sus derechos sustantivos: propiedad, libertad de empresa (libertad de actividad, de establecimiento, de contratación y de competencia), privacidad y legalidad.

Y también se decantan los requerimientos (de nuevo comunes para toda Europa) que han de exigirse a las normas que regulen la responsabilidad penal de la persona jurídica y a su aplicación por los operadores jurídicos, esto es, sus derechos procesales: responsabilidad por el hecho propio, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, derecho de defensa y prohibición del doble proceso o castigo.

(ii) Alcanzado ese marco dentro del cual todo debe discurrir, en la segunda parte de la tesis se expresan los fundamentos de la metodología de investigación seguida en relación a la norma, el lenguaje, la lógica y la necesidad de búsqueda de consenso.

A continuación se expresa el consenso identificado en las ciencias empresariales y, en lo que al control interno se refiere, en la actividad profesional y legal de mayor extensión mundial, para alcanzar sobre el mismo una propuesta de actuación de la organización empresarial útil para soportar la definición de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Operando ya sobre esa propuesta que impregna hasta la concepción del injusto penal vinculado a la responsabilidad de la persona jurídica, se enuncia la tesis de la actuación típica y culpable de la persona jurídica, y se propone un texto para la ley penal que la regule.

(iii) En la tercera parte de la investigación se enfrenta la propuesta de actuación típica y culpable con los derechos sustantivos y procesales fundamentales de la persona jurídica expresados en la primera parte, comprobándose (con ineludible subjetividad valorativa, todo sea dicho) como la propuesta se alinea y permite, mediante su uso, potenciar la seguridad jurídica de las organizaciones empresariales en su relación con su propia responsabilidad y en los procesos penales a los que pudieran ser llamados para depurarla o descartarla.

❖ PRIMERA PARTE

I. Sistemas de derechos y libertades fundamentales con incidencia en el proceso penal español y relación entre ellos.

La relación del procedimiento penal español con los derechos y libertades fundamentales se encuentra determinada por el reconocimiento y configuración que de estos realiza la CE, y la forma en la que regula su relación con los poderes legislativo, judicial y ejecutivo.

1. Legislativamente, su ejercicio sólo puede regularse –configurarse o limitarse- por LO[1] que respete su contenido esencial determinado por la propia CE[2], por la interpretación que de los mismos haga el TC[3] y por la configuración de los mismos a la que España esté vinculada de acuerdo con su participación en sistemas internacionales de derechos y libertades fundamentales[4].

2. Los derechos fundamentales disponen de una vía de tutela judicial preferente vedada a otros derechos y libertades no fundamentales a través de:

- El acceso a la vía preferente y sumaria de tutela ante los tribunales ordinarios;
- El acceso al recurso de amparo del TC[5], en recursos frente a sentencias o de impugnaciones dirigidas contra resoluciones interlocutorias dictadas por un órgano judicial mientras el proceso se encuentre pendiente[6]. Además de la declaración de la vulneración del derecho fundamental, el recurso puede dar lugar al planteamiento de la cuestión de

[1] Arts. 53.1 y 81.1 CE.
[2] En caso de querer modificarse su configuración constitucional de un derecho fundamental deberá desarrollarse a través de un proceso de reforma constitucional que les afectara, con un mecanismo de mayorías reforzado (art. 168 CE).
[3] Arts. 53.1 CE.
[4] Art. 10.2 CE. Además, los derechos fundamentales disponen de una vía de tutela judicial preferente vedada a otros derechos y libertades no fundamentales a través del (i) acceso a la vía preferente y sumaria de tutela ante los tribunales ordinarios; (ii) acceso al recurso de amparo del TC (arts. 53.2 y 161.1.b) CE, arts. 41 y ss. LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC), que, además de la declaración de la vulneración del derecho fundamental, podrá dar lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la norma, en su caso, aplicada por lesionar, en su estricta aplicación, los derechos fundamentales o libertades públicas (art. 55.2 LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC); (iii) acceso al recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 161.1.a) CE, arts. 31 y ss. LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC); y (iv) acceso a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales (arts. 35 y ss. LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC). Y los mismos vinculan a todos los poderes públicos, debiendo éstos con su actividad respetarlos y protegerlos (art. 53.1 CE). El Defensor del Pueblo se configura como institución constitucional y alto comisionado de la Cortes, que supervisa la actividad de la Administración en relación con la defensa de estos derechos y libertades dando cuenta a las Cortes (arts. 54 y 103.1 CE y LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo).
[5] Arts. 53.2 y 161.1.b) CE, arts. 41 y ss. LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC.
[6] Por todas, STC (Pleno) 131/2018, de 12 de diciembre de 2018, FJ 5.

inconstitucionalidad de la norma aplicada por lesionar, en su estricta aplicación, los derechos fundamentales o libertades públicas[7];

- El acceso al recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley[8]; y
- El acceso a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales[9].

3. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, debiendo éstos con su actividad respetarlos y protegerlos[10]. El Defensor del Pueblo se configura como institución constitucional y alto comisionado de la Cortes, que supervisa la actividad de la Administración en relación con la defensa de estos derechos y libertades dando cuenta a las Cortes[11].

Esta configuración de los derechos, libertades y principios fundamentales o nucleares es el resultante, además, de la confluencia de los sistemas nacional[12] e internacionales que, a los efectos de esta investigación, se concretan en el del Consejo de Europa (CEDH – TEDH)[13] y de la UE (CDFUE – TJUE)[14], que establecen entre si diversas reglas de relación.

A. Adhesión del sistema español al sistema del Consejo de Europa.

Desde sus primeras sentencias el TC ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por

[7] Art. 55.2 LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC
[8] Art. 161.1.a) CE, arts. 31 y ss. LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC.
[9] Arts. 35 y ss. LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC.
[10] Art. 53.1 CE
[11] Arts. 54 y 103.1 CE y LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.
[12] De forma directa, la CE engloba, en su Título Primero, los Derechos y Deberes Fundamentales, desarrollando, a lo largo del mismo, una formulación sistemática que le permite establecer una graduación de garantías asociadas a la configuración, puesta en valor y protección de esos derechos y libertades (i) Derechos y libertades fundamentales dotadas de las máximas garantías. Se trata de los derechos y libertades reconocidos en el art. 14 CE y en la Sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero (arts. 15 a 29 CE); (ii) Derechos y deberes de los ciudadanos. Se trata de los derechos y libertades reconocidos en la Sección segunda del Capítulo Segundo del Título Primero (arts. 30 a 38 CE), que se denomina de los derechos y deberes de los ciudadanos; y (iii) Principios rectores de la política social y económica. Se trata de principios rectores de la política social y económica enunciados en el Capítulo Tercero del Título Primero (arts. 39 a 52 CE).
[13] Presenta como texto básico de referencia el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), Roma 4 de noviembre de 1950, texto modificado por los protocolos 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 14 bis y 15 y complementado por los protocolos 1, 4, 6, 7, 12, 13 y 16). El convenio fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 4 de octubre de 1979, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.
[14] El sistema de la UE presenta como texto básico de referencia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007, carta incorporada al ordenamiento jurídico por la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, *BOE* núm. 184, de 31 de julio de 2008.

España[15] y, muy singularmente, el CEDH, dado que su cumplimiento está sometido al control del TEDH, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio y sus Protocolos que, en principio, han de reconocer los Estados signatarios como contenido mínimo de sus derechos fundamentales[16].

Partiendo de ese contenido mínimo (suelo), ninguna de las disposiciones del CEDH puede interpretarse en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que puedan ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier parte contratante del Convenio o en cualquier otro Convenio del que el Estado sea parte[17]. Es decir, que en caso de que el estándar o contenido nacional del derecho o libertad fundamental de que se trate sea superior al determinado por el TEDH en interpretación del CEDH, bien (i) por la propia configuración nacional o (ii) derivado de otro convenio del que se sea parte, será éste el nivel interno que se aplique.

Señalado lo anterior, cualquier valoración general de la importancia y contenido de las sentencias del TEDH y en especial en lo que se refiere a las personas jurídicas y sus derechos fundamentales, debe contextualizarse siempre en el marco de la aplicación de los criterios que sigue el TEDH en su función interpretativa del Convenio.

1. *Relación con las normas interpretativas (arts. 31 y 32) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados[18].*

Constituyendo el referente internacional de interpretación de los tratados, el TEDH determinó su relación con respecto a los criterios de los arts. 31[19] y 32[20] en 1975[21], señalando:

---

[15] SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo.
[16] SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril. Y las sentencias dictadas por el TEDH de condena a España poseen un carácter vinculante (protocolo 14), que opera a través de la revisión de sentencias (art. 954 LECr, por todas STS 84/2017, de 24 de febrero, STC 240/2005 de 10 de Octubre.
[17] art. 53 CEDH.
[18] Adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, páginas 13099 a 13110 (12 págs.)
[19] 1. Texto (incluidos preámbulo y anexos): buena fe y sentido corriente de los términos; 2. Contexto: acuerdos e instrumentos complementarios al Tratado desarrollados con ocasión de éste; 3. Otros: acuerdos ulteriores sobre interpretación, prácticas en las que conste interpretación, prácticas seguidas en aplicación del Tratado, formas pertinentes de derecho internacional aplicables; 4. Sentido especial a los términos si consta.
[20] Criterios complementarios a los del art. 31 cuando estos conduzcan a un resultado ambiguo o absurdo o irrazonable: Trabajos preparatorios del Tratado y circunstancias de su celebración.
[21] STEDH Golder c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975. Asunto en el que el Reino Unido denegó a un preso la consulta a un abogado para poder interponer acciones civiles frente a un funcionario que le había acusado, de forma contradictoria, de haber participado en tumultos en la prisión, lo que le habría afectado retrasando la obtención de la libertad provisional. El TEDH falló que el derecho a un proceso justo posee implícito el derecho al acceso al proceso.

1. Con respecto al art. 31 del Convenio de Viena y su aplicación:

- La referencia al art. 31.2 para remarcar la importancia del preámbulo del CEDH como criterio interpretativo y desde el contenido del preámbulo alcanzar el Estado de derecho/la preminencia del derecho ("Rule of law"/"prééminence du droit") como uno de los elementos del patrimonio espiritual común de los Estados miembros del Consejo de Europa (también hace referencia a la explicita mención del Estatuto del Consejo de Europa a la preeminencia del derecho);
- Su referencia para señalar natural y conforme al principio de buena fe la aplicación de la preeminencia del derecho en la interpretación de los artículos del Convenio.
- La referencia al art. 31.3.c para remarcar la importancia de considerar, junto al contexto, "*«cualquier regla pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» entre los que se encontrarían los principios generales del derecho, especialmente los «principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas» [art. 38, párrafo 1.c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia]; la Comisión Jurídica del Consejo de Europa prevé, por otra parte, en agosto de 1950 que «la Comisión y el Tribunal (deben) necesariamente aplicar tales principios» en el desarrollo de sus áreas. En consecuencia, «juzga inútil» especificarlo así en una cláusula del Convenio (Asamblea Consultiva, «Diario de Sesiones», 1950, tomo III, núm. 93, pág. 982, párrafo 5).*

2. Con respecto al art. 32 del Convenio de Viena, que no es necesario acudir a los medios complementarios de interpretación en él contenidos, ya que la aplicación del criterio de la preminencia del derecho como elemento del patrimonio espiritual y de los principios generales del derecho serían suficientes para concluir.

En la actualidad, el TEDH hace uso del criterio del art. 31.3 del Convenio de Viena para incorporar como criterios de referencia de sus valoraciones elementos no vinculantes (i.e. resoluciones del Comité de Ministros, conclusiones de la Comisión de Venecia, de la Comisión Europea, de la CDFUE).

2. Reconocimiento de dimensiones inherentes a los derechos expresamente reconocidos en el Convenio.

En el mencionado caso Golder, el TEDH concluyó señalando que "*el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho enunciado en el artículo 6, párrafo 1. No se trata de una interpretación extensiva*[22] *tendente a imponer a los Estados parte nuevas obligaciones. Se funda, por el contrario, en los mismos términos de la frase primera del articulo 6, párrafo 1, interpretada en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y finalidad del tratado-norma que es el Convenio (sentencia Wemhoff de 27 de*

[22] En sentido contrario, el voto particular del Juez inglés Sir Gerald Fitzmaurice consideró que la sentencia materializaba una interpretación extensiva y que, en concreto, mediante la delimitación de un derecho de acceso que el Convenio ni menciona ni define, el TEDH no debería imponer nuevas obligaciones a los Estados, no siendo admisible en derecho internacional la legislación judicial salvo que los tratados así lo prevean, lo que no sería el caso.

junio de 1968, serie A, núm. 7, pág. 23, párrafo 8), así como los principios generales del Derecho[23]".

Así, partiendo de un concreto uso de las normas del Convenio de Viena, el TEDH sentó en la sentencia del caso Golder los cimientos de una **doctrina interpretativa autónoma enraizada en la preeminencia del derecho y en los principios generales del derecho como patrimonio espiritual común y fuente de dimensionamiento (no de creación) de los derechos recogidos en el Convenio** a través de los instrumentos interpretativos complementarios que se relacionan apartándose de las doctrinas originalistas[24] centradas en la literalidad de los textos originarios.

Continuando en esta senda, el TEDH completó la doctrina de Golder en el caso Airey[25], señalando que dicha interpretación debía en cualquier caso materializar lo perseguido por el Convenio, esto es, "*la protección de los derechos considerados no en sentido teórico o ideal, sino como derechos reales y efectivos*", y que "*el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación*" [26].

3. Interpretación autónoma de conceptos por el TEDH.

1. Con origen en la sentencia Engel[27], **el TEDH ha plasmado en múltiples resoluciones la necesidad de mantener la independencia de calificación de los hechos protagonizados por los Estados en base a conceptos de interpretación autónoma presentes en el Convenio**, de forma que el TEDH valore los hechos en función de las características de sus conceptos autónomos y **no herede como hechos las calificaciones, denominaciones o conceptos de los Estados (que hayan realizado sobre esos hechos)**. Así, es la delimitación del concepto autónomo y la calificación del hecho protagonizado por el TEDH el que prima.

En el caso Engel el TEDH determina que la calificación de un Estado de un proceso interno como disciplinario y su alegación a la hora de declarar al mismo inaplicable las previsiones del proceso justo contenidas en el art. 6 CEDH por sólo aplicarse a procesos penales o civiles, no resulta relevante y ello porque ***"si los Estados contratantes pudieran discrecionalmente calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal o perseguir al autor de una infracción «mixta» disciplinariamente con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6.º y 7.º se encontraría subordinado a su voluntad soberana**. Una laxitud tan amplia conllevaría el riesgo de llevar a resultados incompatibles con el fin y el objetivo del Convenio. El Tribunal tiene, por tanto, competencia para asegurarse, según el artículo*

[23] STEDH Golder c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975.
[24] Aquellas que consideran que debe darse al texto el significado que tenía cuando se promulgó, ya sea a través del texto (teorías textualistas u objetivas) o de la intención de los textos (teorías intencionalistas o subjetivas).
[25] STEDH Airey c. Irlanda, de 9 de octubre de 1979.
[26] Ibid. apartados 21 y 26.
[27] STEDH Engel y otros c. Paises Bajos, 8 de junio de 1976.

6.º, e incluso prescindiendo de la referencia a los artículos 17 y 18, que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal[28] [29].

2. De esta forma, el primero de los conceptos autónomos desarrollados por el TEDH y de radical importancia para estas líneas es el de la **acusación en materia penal** ("criminal charge" en la versión oficial inglesa/"accusation en matière pénale" en la versión oficial francesa), concepto integrado en el art. 6 CEDH como contexto en el que debe proyectarse y analizarse el derecho fundamental a un juicio justo.

Por lo que se refiere al concepto autónomo de materia penal, el mismo ha de decantarse en la **valoración conjunta de tres criterios**[30]:

- La clasificación de la infracción de acuerdo con la legislación nacional.

Este criterio sirve exclusivamente como punto de partida, salvo que la propia legislación nacional califique la infracción como delito, siendo en este caso el punto de partida y final definitivo[31], sin necesidad de valorar los siguientes criterios. Si la legislación nacional no califica la infracción como delito, deberá continuarse con la valoración de los siguientes criterios.

- La naturaleza de la infracción, criterio que acumula una mayor importancia.

Generalmente desarrollado con ocasión de valoración de infracciones tributarias, el TEDH ha utilizado como criterios de interés a los efectos de determinar la naturaleza de la infracción:

  - Si está dirigida a una generalidad de personas[32];
  - Si se trata de responsabilidad objetiva, sin elementos subjetivos – aunque el TEDH ha valorado normas carentes de elementos subjetivos como penales[33] por lo que puede no ser un criterio válido- o requiere de declaraciones de constatación de culpabilidad[34];
  - Si en el pasado esas mismas infracciones poseían la calificación de penales;
  - Si los procedimientos están desarrollados por autoridades con capacidad de ejecución de las resoluciones[35];

[28] Ibid. apartado 81.
[29] Para alcanzar la solución (el proceso poseía naturaleza penal y no disciplinarian) el Tribunal tiene en cuenta: (1) si el o los textos que definen la infracción incriminada pertenecen, según la técnica jurídica del Estado demandado, al derecho penal, al derecho disciplinario o a los dos a la vez; (2) La naturaleza misma de la infracción representa un elemento de apreciación de gran peso; (3) el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado.
[30] SSTEDH Engel y otros c. Paises Bajos, de 8 de Junio de 1976, apartado 82, Jussila c. Finlandia, apartados 30-31.
[31] STEDH Žaja c. Croacia, de 4 de octubre de 2016, apartado 86.
[32] STEDH Janosevic c. Suecia, de 23 de julio de 2002, apartado 68.
[33] STEDH Salabiaku c. Francia, de 7 de octubre de 1988, apartado 27.
[34] STEDH Benham c. Reino Unido, de 10 de junio de 1996, apartado 56.
[35] Ibid. apartado 56.

- La forma en la que se califican los procedimientos comparables en otros Estados miembros del Consejo de Europa[36];
- En función de si la norma tiene un fin reparador o por el contrario punitivo, represivo y disuasorio[37].

- La naturaleza y el grado de severidad de la pena asociada, en referencia a la máxima pena que se pueda imponer.

El hecho de que una infracción no sea sancionable con una pena de prisión no es decisivo en sí mismo, ya que la ausencia relativa de gravedad de la pena no puede privar a una infracción de su carácter penal intrínseco[38].

Los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos: para que el artículo 6 se considere aplicable, basta con que la infracción en cuestión sea, por su naturaleza, considerada como "penal" desde el punto de vista del Convenio, o que ésta haga a la persona merecedora de una sanción que, por su naturaleza y su grado de severidad, se incluye generalmente dentro del ámbito "penal"[39] y puede adoptarse un enfoque acumulativo cuando un análisis distinto de cada criterio no permita llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una acusación en materia penal[40].

3. Y el concepto de acusación del art 6 CEDH también posee un contenido autónomo, y se refiere a la notificación oficial, emanada de la autoridad competente, que reprocha la comisión de una infracción penal[41] con impacto significativo en la situación del sospechoso[42], situaciones que pueden resultar de una detención o la apertura de unas diligencias preliminares, momento desde el que se proyectan las garantías del juicio justo contenidas en el art. 6 CEDH.

4. De forma análoga, el TEDH ha desarrollado conceptos de valoración autónoma de términos como, por ejemplo, acusación penal[43], asociación[44], víctima[45], detención legal[46], domicilio[47], que se caracterizan por ser conceptos cuya definición nacional es sólo un punto de partida con un valor relativo[48] y deber ser interpretados con un significado autónomo en el contexto del Convenio y sobre

[36] STEDH Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984, apartado 53.
[37] SSTEDH Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984, apartado 53, Bendenoun c. Francia, de 24 de febrero de 1994, apartado 47.
[38] SSTEDH Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984, apartado 53, Nicoleta Gheorghe c. Rumania, de 3 de abril de 2012, apartado 26.
[39] SSTEDH Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984, apartado 54, Lutz c. Alemania, de 25 de agosto de 1987, apartado 55.
[40] STEDH Bendenoun c. Francia, de 24 de febrero de 1994, apartado 47.
[41] STEDH Deweer c. Bélgica, de 27 de febrero de 1980, apartado 46.
[42] STEDH Eckle c. Alemania, de 15 de julio de 1982, apartado 73.
[43] SSTEDH Demicoli C. Malta; Őztürk c. Alemania; Campbell and Fell c. Reino Unido; Ravnsborg c. Suecia.
[44] SSTEDH Djavit An c. Turkia, Chassagnou y otros c. Francia; Karakurt c. Austria.
[45] STEDH Asselbourg y 78 otros y Greenpeace Association-Luxemburgo c. Luxemburgo.
[46] STEDH Eriksen c. Noruega, Witold Litwa c. Polonia..
[47] STEDH Khatun y 180 otros c. Reino Unido.
[48] STEDH Chassagnou y Otros c. Francia, Karakurt c. Austria.

el significado de la ley nacional[49], y que se observarán con ocasión de los derechos fundamentales que los utilizan como referentes de ocasión para su aplicación o de contenido.

4. El Convenio como instrumento vivo.

Con origen en la sentencia Tyrer[50], el TEDH ha determinado "*que **el Convenio es un instrumento vivo que hay que interpretar [...] a la vista de las actuales circunstancias de vida.** En el caso de que se trata, el Tribunal no puede sino[51] ser influido por la evolución y las reglas generalmente aceptadas de la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en esta materia*"[52].

Desde esta clara declaración de principios aplicada al descubrimiento o actualización de los derechos (o dimensiones de ellos) contenidos en el Convenio, el TEDH ha completado su criterio de instrumento vivo con distintas referencias que por su claridad merecen su seleccionada transcripción:

- Caso Marcks[53]: "*Es cierto que en la época en que el Convenio de 4 de noviembre de 1950 se proyectó era frecuente y acorde al Derecho en muchos países europeos establecer distinciones de este tipo entre la familia ilegítima y la legítima. Sin embargo, el Tribunal recuerda que el Convenio debe ser interpretado a la luz de las circunstancias actuales (sentencia Tyrer de 25 de abril de 1978, serie A, núm. 26, pág. 15, párrafo 31). En el presente caso, el Tribunal no puede dejar de tener en cuenta que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa han evolucionado y continúan haciéndolo, junto con los más importantes documentos internacionales, hacia el pleno reconocimiento jurídico de la máxima «mater semper certa est»"*. [...] "*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el Convenio a la luz de las circunstancias actuales, pero no es menos cierto que las diferencias jurídicas entre hijos legítimos e ilegítimos en ciertas materias, como las de los derechos patrimoniales, fueron durante mucho tiempo habituales en un gran número de los Estados parte en el Convenio (ver, «mutatis mutandi», parágrafo 41 más arriba). La evolución hacia la igualdad en este campo ha sido lenta y la confianza en el Convenio como medio para acelerar tal evolución parece haber sido bastante tardía"*. [...] "*el principio de seguridad jurídica necesariamente inherente tanto al Derecho del Convenio como al de la Comunidad,*

[49] STEDH R. L. v. Paises Bajos.
[50] STEDH Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978.
[51] La traducción de las Cortes Generales de la sentencia no recoge el término "sino" que deriva de la traducción de la expresión contenida en la versión oficial inglesa al señalar que "*In the case now before it the Court **cannot but be** influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field*".
[52] STEDH Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978, apartado 31, traducción de las Cortes Generales con el matiz señalado en nota previa, que concluyó que castigos corporales impuestos judicialmente en la Isla de Man (territorio del Reino Unido) suponían una violación de la prohibición del trato degradante contenido en el art. 3 CEDH.
[53] STEDH Marckx c. Bélgica, 13 de junio de 1979, en el que una madre reclamaba la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 del convenio con respecto al derecho fundamental a la familia recogido en el art. 8, al reconocer la legislación belga distintos derechos a los hijos naturales y los hijos "ilegítimos", reconociéndose la violación por el TEDH.

dispensa al Estado belga de volver sobre aquellos actos o situaciones jurídicas anteriores a la presente sentencia. De hecho, una solución semejante es seguida por algunos de los Estados miembros que gozan de la existencia de un Tribunal Constitucional: su Derecho público limita los efectos retroactivos de aquellas decisiones del Tribunal que anulan alguna ley o precepto jurídico"[54].

- Caso Dudgeon[55]: "*Se desprende claramente de las conclusiones del señor Dudgeon que su queja se dirige, no obstante, fundamentalmente contra el hecho de que los actos homosexuales que él hubiera podido cometer en privado con otros hombres, susceptibles de emitir su libre consentimiento, son también delitos penales de acuerdo con el derecho en vigor en Irlanda del Norte" […]. La mera existencia de esta legislación afecta continua y directamente a su vida privada (véase, mutatis mutandi, el fallo Marckx de 13 de junio de 1979, Serie A, núm.'31, p. 13, párrafo 27) o bien respeta la ley y se abstiene de llevar a cabo actos sexuales prohibidos -aun en privado y con un compañero masculino que consienta en ellos- a los que está inclinado en función de sus tendencias homosexuales, o bien realiza dichos actos y se convierte entonces en un sujeto susceptible de sufrir una persecución penal. […] En comparación con la época en que se aprobó la legislación, existe hoy en día una mejor comprensión y, por consiguiente, una más amplia tolerancia de la conducta homosexual hasta el punto de que en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa no se considera ya necesario ni conveniente abordar las prácticas homosexuales del tipo de las ahora en cuestión como constitutivas por sí mismas de una conducta a la que deban aplicarse penas; el Tribunal no puede olvidar los diferentes cambios que han ocurrido en el ámbito del derecho interno de los Estados miembros. […] Aunque existen sujetos de la sociedad que pueden ser impactados por la homosexualidad considerada como algo inmoral u ofendidos o perturbados por la comisión por otros de actos homosexuales privados, esto no puede por sí mismo justificar la aplicación de sanciones penales cuando son adultos que consienten libremente los que se hallan únicamente implicados*[56]". Declarada la violación del art. 8 CEDH por el TEDH, no deja de ser indicativo del criterio que nos ocupa el señalar en qué no estimó la demanda del Sr. Dudgeon: en el mantenimiento de la punibilidad penal de las relaciones homosexuales mantenidas con menores de 21 años, a pesar de que la edad del consentimiento de las relaciones heterosexuales y homosexuales femeninas estaba fijada en los 17 años, concluyendo el TEDH la inexistencia de violación por haber "*tenido conocimiento de la legítima necesidad en una sociedad democrática de establecer cierto grado de control sobre las conductas homosexuales, especialmente en orden a establecer salvaguardias contra la explotación y corrupción, de aquellos que son especialmente vulnerables por razón de su juventud (véase párrafo 49). No obstante, corresponde a las autoridades nacionales decidir en primera instancia sobre las salvaguardias*

[54] Ibid. apartados 41 y 58.
[55] STEDH Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, en el que se alegaba la violación del art. 8 con respecto a la vida privada y familiar por la existencia de determinadas leyes en el ámbito de Irlanda del Norte que criminalizaban la conducta homosexual, como por la intervención llevada a cabo por la policía en el registro de su domicilio a consecuencia de una investigación seguida por la misma, declarando el TEDH la violación del art. 8.
[56] Ibid. apartados 39 y 41.

adecuadas de este tipo exigidas para la defensa de la moral en su propia sociedad y, en concreto, fijar la edad por debajo de la cual los jóvenes deben tener la protección del derecho penal"[57].

Estos precedentes consolidan al Convenio como un instrumento vivo, pudiendo integrarse del estado actual de las cuestiones sustantivas a las que se enfrente, como se ha señalado con ocasión del uso actual del TEDH del art. 31.3 del Convenio de Viena. **Además, deben tenerse en cuenta las actualizaciones del propio Convenio a través de sus protocolos.**

5. Obligaciones negativas, positivas y efecto horizontal

Sin ser un criterio de interpretación, se trata de las formas en las que los derechos sustantivos se relacionan con los sujetos a los que van dirigidas, emanando de las previsiones del art. 1 CEDH ("***shall secure*** *to everyone* [...] *the rights and freedoms*"), siendo una propia interpretación de este artículo con efectos generales sobre el resto de derechos sustantivos. Partiendo de que las fronteras entre las obligaciones negativas y positivas de los derechos del Convenio no siempre están claras como así reconoce el propio TEDH (pudiendo en un mismo supuesto de violación solaparse unas y otras)[58]:

- Las obligaciones negativas consisten en la no interferencia de los Estados en el disfrute de los derechos reconocidos por el Convenio (en la forma determinada por el Convenio –los Estados siempre poseen una justificación para sus interferencias-).

- Las obligaciones positivas contenidas en los derechos sustantivos del Convenio implican que los Estados deben adoptar medidas para proteger el derecho o, en concreto, medidas razonables y apropiadas para proteger los derechos del individuo[59], lo que puede implicar:

    - Medidas legislativas[60].
    - Medidas prácticas, en tanto situaciones de hecho pueden contradecir el Convenio en la misma forma que un impedimento legal, sin que el Estado pueda permanecer pasivo sin haber lugar a diferenciar entre actos y omisiones[61], convirtiendo el disfrute de los derechos en situaciones reales y efectivas (ver referencias al caso Golder).
    - Medidas judiciales, como la ejecución de las decisiones del TEDH[62].
    - **Previsiones de sanciones individuales en caso de lesión de los derechos reconocidos.**

[57] STEDH Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, apartado 62 traducción de las Cortes Generales.
[58] SSTEDH Keegan c. Irlanda, de 19 de abril de 1994, apartado 49; Hokkanen c. Finlandia, de 24 de Agosto de 1994, apartado 55.
[59] STEDH Lopez-Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994, apartado 51.
[60] STEDH Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suiza, 28 de junio de 2001.
[61] STEDH Airey c. Irlanda, de 9 de octubre de 1979, apartado 25.
[62] STEDH Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suiza (2), 30 de junio de 2009.

- **Las obligaciones positivas acaban abarcando, como medida necesaria para la efectividad real de los derechos del Convenio, la regulación de las relaciones de los individuos ampliándose el ámbito del Convenio desde las relaciones de los individuos con los Estados hasta las relaciones entre los individuos entre sí**, a través de las medidas positivas que hayan de adoptar los Estados para garantizar la efectividad de los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio, lo que se conoce como efectos horizontales indirectos. Una actuación de un individuo frente a otro violentando los derechos reconocidos por el Convenio podrán dar lugar a una demanda frente al Estado cuando éste haya tolerado las conductas lesivas o fallado en las medidas adoptadas para evitarlas[63].

Estas obligaciones positivas admiten una última clasificación, entre **obligaciones sustantivas y procesales.** Las obligaciones sustantivas serían aquellas necesarias para la plena vigencia de los derechos mientras que las procesales acumularían la efectividad de los procedimientos judiciales nacionales para la protección de las personas o para la investigación y reparación de las violaciones de derechos.

B. Relación del sistema del Consejo de Europa con el sistema de la Unión Europea

1. Los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del derecho de la Unión como principios generales[64] (art. 6.3 TUE), pero el CEDH no constituye, dado que la Unión no se ha adherido aún a él[65], un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión[66], de forma que las previsiones del art. 6 TUE no obligan por sí mismas al Estado miembro a no aplicar normas incompatibles con las previsiones del CEDH o sus protocolos, al no regular el art. 6 TUE la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros[67].

El proceso de adhesión de la UE al CEDH previsto en los arts. 6.2 TUE, 218.6.a.ii TFUE y en el Protocolo 8 del TUE, tuvo un impulso importante del Consejo en el año 2010 que dio lugar a la creación de una Comisión negociadora de la adhesión,

---

[63] SSTEDH Young, James and Webster c. Reino Unido, de 13 de Agosto de 1981; Sigurður A. Sigurjonsson c. Islandia, de 30 de junio de 1993; Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suiza, de 28 de junio de 2001.

[64] Figura jurídica señalada por el TJUE antes de la promulgación de la CDFUE que usaba como criterios de referencia del derecho de la unión protegidos por la actividad del TJUE y en los que integrarían los derechos humanos, SSTJUE Erich Stauder c. City of Ulm, Caso 29-69, ce 12 de noviembre de 1969; Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Caso 11-70, de 17 de diciembre de 1970; Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Caso 149/77, de 15 de junio de 1978.

[65] "*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados*", Art. 6.2 TUE, art. 218.6.a.ii TFUE y Protocolo 8 del TUE.

[66] SSTJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartado 44, y de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 45 y jurisprudencia citada.

[67] STJUE (Gran Sala), Servet Kamberaj, C-571/10, de 24 de abril de 2012, apartados 61 a 63.

que culminó sus trabajos en el año 2013 con una propuesta de los proyectos de instrumentos para la adhesión que incluían (i) un grupo de disposiciones relativas a la adhesión propiamente dicha –al Convenio y al protocolo adicional y al 6, de los que ya son parte todos los Estados Miembros- y los mecanismos procedimentales necesarios para hacer posible la adhesión efectiva, (ii) un grupo de disposiciones de carácter técnico –al estar redactado el CEDH para Estados miembros del Consejo de Europa y no para la Unión, que ni es Estado ni está adherido-, y (iii) un grupo de cláusulas finales relativas a la entrada en vigor y las notificaciones de las actas de ratificación o de adhesión.

El proyecto fue objeto de **Dictamen (2/13, de 18 de diciembre de 2014) por el Pleno del TJUE, que concluyó que el proyecto de acuerdo de adhesión no era compatible con el art. 6.2 TUE ni con el Protocolo 8 del TUE** porque los instrumentos proyectados se enfrentaban a:

- Que las apreciaciones del TJUE relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH.

Partiendo de que el TJUE ha interpretado el art. 53 CDFUE en el sentido de que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (ver apartado siguiente en relación a la limitación del TJUE al contenido de los derechos fundamentales dado por España en materias propia de la Unión), el proyecto no establecía ninguna disposición que garantizara esa coordinación en combinación con las previsiones del art. 53 CEDH[68], que al contrario de la interpretación del TJUE del 53 CDFUE, **reserva a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio.**

Así, para el TJUE sería necesario que los instrumentos garantizaran la coordinación entre el art. 53 CDFUE, tal como ha sido interpretado por el TJUE, y el artículo 53 CEDH, para que la facultad otorgada por éste a los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión[69].

- A las exigencias del principio de confianza mutua como pilar de la creación y mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores.

---

[68] "*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte*".

[69] Dictamen TJUE (Pleno) 2/13 de 18 de diciembre de 2014, apartados 186 a 190.

Cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión. Desde lo anterior, los instrumentos de adhesión propuestos partirían del enfoque de la asimilación de la UE a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante del CEDH.

En la medida en que el CEDH, al imponer que se considere a la UE y a los Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, incluso cuando esas relaciones se rigen por el Derecho de la Unión, exigiría de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros, la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión[70].

- Porque, en realidad, no admite que el TEDH pueda llegar a entender de un asunto que sea propio del derecho de la Unión planteado por la propia Unión o los Estados Miembros[71], ya que supondría la vulneración de la autonomía del sistema jurídico comunitario que garantiza el TJUE .

Este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos[72]. En tales circunstancias, únicamente sería compatible con el artículo 344 TFUE una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del artículo 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión[73].

En el momento de suscripción de estas líneas la Comisión no ha impulsado de nuevo el proceso de adhesión, proponiendo una nueva fórmula de adhesión que partiera de la superación de los problemas identificados por el TJUE.

- A los problemas de compatibilidad de planteamiento de cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE) y de planteamiento de opiniones consultivas por los

[70] Ibid. apartados 191 a 195.
[71] Ibid. apartados 207 y 208.
[72] Ibid. apartado 201.
[73] Ibid. apartado 213.

órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados al TEDH de acuerdo con las previsiones del Protocolo 16 del CEDH[74].

2. Desde esa (por el momento) no adhesión de sistemas, la propia CDFUE determina que en caso de tratarse de derechos garantizados por la CDFUE y por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, salvo que el derecho de la Unión le otorgue una protección más extensa (art. 52.3 CDFUE), concretando el TJUE que "*el sentido y el alcance de los derechos garantizados no sólo vienen determinados por el tenor del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del TEDH, a la luz de la cual procede interpretar*" los artículos de la Carta[75], si bien las cuestiones a plantear al TJUE "*debe basarse únicamente en los derechos fundamentales garantizados por la Carta*"[76] **y las resoluciones del TJUE no podrán ser directamente recurridas ante el TEDH al no estar adherido al CEDH**, aunque si sería posible[77]:

- Que la resolución nacional que integrara la aplicación directa de la CDFUE sin planteamiento de cuestión prejudicial y en el marco del derecho de la Unión conforme a las disposiciones del TJUE, fuera objeto de recurso por un particular afectado ante el TEDH en aplicación de las previsiones del CEDH. El TEDH no renunciaría a la valoración de la relación del Estado con el derecho fundamental desde el referente del CEDH por tratarse de una situación sometida al Derecho de la Unión[78];

- Que la resolución nacional que aplicara las disposiciones de una sentencia del TJUE en interpretación del CDFUE en resolución de una cuestión prejudicial, fuera objeto de recurso ante el TEDH en aplicación de las previsiones del CEDH. Desde lo anterior, si el órgano nacional ha interpretado correctamente la CDFUE o la STJUE desde el contenido del art. 52 CDFUE, el TEDH sólo podría declarar o la corrección del estándar aplicado por coincidir con el suyo, o el respeto al estándar más protector que se hubiera aplicado de acuerdo con las determinaciones del TJUE. Pero tampoco sería descartable una interpretación no plenamente coincidente.

- No cabría el recurso ante el TEDH de las resoluciones dictadas por el TJUE en resolución de actos de la propia UE al no estar adherida al Convenio y sin que sea previsible que los instrumentos de adhesión incorporen nunca, de acuerdo

[74] Ibid. apartados 196 a 200.
75 SSTJUE de 22 de diciembre de 2010, DEB, C-279/09,EU:C:2010:811, apartados 35 y 37, STJUE de 30 de junio de 2016, C-205/15, apartado 41.
76 SSTJUE de 28 de julio de 2016, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, C-543/14, apartado 23 y jurisprudencia citada, y de 6 de octubre de 2016, Paoletti y otros, C-218/15, EU:C:2016:748, apartado 22, Massimo Orsi (C-217/15), Luciano Baldetti (C-350/15), EU:C:2017:264.
77 "El Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de abril de 2012, Kamberaj, C-571/10, apartado 62)", apartado 44 STJUE (Gran Sala) Åklagaren, C- 617/10, de 26 de febrero de 2013.
78 STJUE Romeo Castaño c. Bélgica, de 9 de julio de 2019, apartados 82, 85 y 91.

con el Dictamen TJUE 2/13 de 18 de diciembre de 2014, una previsión semejante por resultar incompatible con el art. 344 TFUE[79].

3. Desde la anterior situación de potencial integración de los sistemas, la situación actual de relación de materialidad de los derechos reconocidos por ambos se encuentra en el art. 52 CDFUE[80] (alcance e interpretación de los derechos y principios), y en concreto en su apartado tercero.

En los términos de **las explicaciones sobre la CDFUE**[81], el art. 52.3 CDFUE pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH sentando la norma de que, en la medida en que los derechos de la Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH.

De ello resulta, en particular, que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, que se aplican por consiguiente a los derechos contemplados por este apartado, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del TJUE. La referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino

---

[79] Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, apartado 246.

[80] "*1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros".

[81] DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17, explicaciones "*elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta*".

también por la jurisprudencia del TEDH y por el TJUE. El objetivo de la última frase del apartado es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia. En cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el CEDH.

En los términos de las explicaciones, la lista de derechos que, por ahora y sin descartar la evolución del Derecho, de la legislación y de los Tratados, pueden considerarse correspondientes a derechos del CEDH son:

1. El art. 2 CDFUE corresponde al art. 2 del CEDH,
2. El art. 4 CDFUE corresponde al art. 3 del CEDH,
3. Los apartados 1 y 2 del art. 5 CDFUE corresponden al art. 4 del CEDH,
4. El art. 6 CDFUE corresponde al art. 5 del CEDH,
5. El art. 7 CDFUE corresponde al art. 8 del CEDH,
6. El art. 1 del art. 10 CDFUE corresponde al art. 9 del CEDH,
7. El art. 11 CDFUE corresponde al artículo 10 del CEDH, sin perjuicio de las restricciones que puede aportar el Derecho de la Unión a la facultad de los Estados miembros de establecer los regímenes de autorización a que se refiere la tercera frase del apartado 1 del artículo 10 del CEDH,
8. El art. 17 CDFUE corresponde al art. 1 del Protocolo Adicional del CEDH,
9. El apartado 1 del art. 19 CDFUE corresponde al art. 4 del Protocolo 4,
10. El apartado 2 del art. 19 CDFUE corresponde al art. 3 del CEDH tal como lo interpreta el TEDH,
11. El art. 48 CDFUE corresponde a los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH,
12. Los apartados 1 (salvo la última frase) y 2 del art. 49 CDFUE corresponden al art. 7 del CEDH.

A su vez, relacionan las explicaciones los artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio:

1. El art. 9 abarca el ámbito del art. 12 del CEDH, pero su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple,
2. El apartado 1 del art. 12 corresponde al art. 11 del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía al nivel de la Unión Europea,
3. El apartado 1 del art. 14 corresponde al art. 2 del Protocolo Adicional del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía al acceso a la formación profesional y permanente,
4. El apartado 3 del art. 14 corresponde al artículo 2 del Protocolo del CEDH, por lo que se refiere a los derechos de los padres,
5. Los apartados 2 y 3 del art. 47 corresponden al apartado 1 del artículo 6 del CEDH, si bien la limitación a los contenciosos sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre acusaciones en materia penal no es pertinente respecto del Derecho de la Unión y su aplicación.
6. El art. 50 corresponde al artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, si bien su alcance se amplía al nivel de la Unión Europea entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros,

7. Por último, los ciudadanos de la Unión Europea no pueden considerarse extranjeros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debido a la prohibición de cualquier discriminación por razón de nacionalidad. Las limitaciones contempladas por el art. 16 del CEDH en materia de extranjería no les serán por lo tanto aplicables en ese contexto.

C. Adhesión del sistema español al sistema de la Unión Europea

1. El TC reconoce, en las situaciones jurídicas comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, la primacía del Derecho comunitario europeo y su interpretación auténtica dada por el TJUE incluyendo la CDFUE, con el único límite de la perenne posibilidad de revisión del TC de dicha aplicación si llegara a afectar a la soberanía[82]. Y, de forma análoga, reconoce el TJUE que "*los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho europeo, pero no fuera de ellas*"[83]. Se configuran de esta forma dos situaciones:

- Las situaciones ajenas al Derecho de la Unión, en las que serán de aplicación las disposiciones de la CE y CEDH y la interpretación del TC y TEDH, en los términos del apartado "A" previo.

- Las situaciones propias del Derecho de la Unión, en las que la CDFUE y la actividad judicial del TJUE se incorporan como realidades en primacía con respecto a los equilibrios señalados en el apartado "A" previo, lo que implica que el TJUE marca el estándar de protección y los jueces nacionales, actuando como jueces de la Unión:

    - No podrán aplicar estándares de derechos fundamentales superiores a los determinados por la CDFUE en materias de su competencia como fundamento para la no aplicación de normas europeas[84].

---

[82] Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre.

[83] El TJUE ya ha indicado que, por este motivo, no puede apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión. Por el contrario, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar (véanse, en particular, en este sentido, las sentencias de 8 de diciembre de 2016 asuntos acumulados C-532/15 y C-538/15, Arcelor Mittal y Consejo General de Procuradores de España, apartado 52, 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 42; de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 15; de 18 de diciembre de 1997, Annibaldi, C-309/96, Rec. p. I-7493, apartado 13; de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 25; de 18 de diciembre de 2008, Sopropé, C-349/07, Rec. p. I-10369, apartado 34; de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C-256/11, Rec. p. I-11315, apartado 72, y de 7 de junio de 2012, Vinkov, C-27/11, apartado 58)

[84]En virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado

- En caso de conflicto entre las disposiciones de su Derecho interno y los derechos garantizados por la Carta, "*está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional*"[85], pudiendo en cualquier caso plantear una cuestión prejudicial[86].
- Si consideran que la obligación impuesta por una sentencia del TJUE [en una primera cuestión prejudicial] vulnera en su aplicación [en este caso el principio de legalidad de los delitos y las penas de acuerdo con su configuración de] la CDFUE, no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión[87]. Es decir, que corresponde al juez nacional actuando como juez europeo inaplicar las resoluciones del TJUE si con su aplicación se vulnera la CDFUE, correspondiéndole a él su valoración o su sometimiento al TJUE a través de una cuestión prejudicial.

2. Las especificaciones del TJUE que nos permiten delimitar cuando se está ante situaciones propias al Derecho de la Unión, parten de la norma general de que "*el artículo 51, apartado 1, de la Carta prevé que las disposiciones de ésta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. El artículo 6 TUE, apartado 1, al igual que el artículo 51, apartado 2, de la Carta, precisa que las disposiciones de ésta no amplían en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia*"[88].

Desde lo anterior, el concepto de «aplicación del Derecho de la Unión», a efectos del artículo 51 de la Carta, requiere la existencia de un vínculo de conexión de un determinado grado, que vaya más allá de la proximidad de las materias consideradas o de las incidencias indirectas de una de las materias en la otra[89].

(véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61). (60) Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión", STJUE (Gran Sala) Melloni, C- 399/11, de 26 de febrero de 2013, debiendo en ese caso enfocarse la duda del órgano nacional hacia la cuestión prejudicial del caso concreto en invocación del art. 53 CDFUE.

[85] SSTJUE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartados 21 y 24; de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, Rec. p. I-11049, apartado 81, y de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43.

[86] STJUE (Gran Sala) Åklagaren, C- 617/10, de 26 de febrero de 2013.

[87] STJUE (Gran Sala) M.A.S. y M.B. contra Presidente del Consiglio dei Ministri, de 5 de diciembre de 2017.

[88] STJUE (Gran Sala) Åklagaren, C- 617/10, de 26 de febrero de 2013, apartado 22.

[89] STJUE Paoletti y otros, C-218/15, de 6 de octubre de 2016, apartado 14 y jurisprudencia citada.

Para determinar si una normativa nacional guarda relación con la aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 de la Carta se ha de comprobar[90]:

- Si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar.
- Si la finalidad de la normativa nacional es aplicar una disposición del Derecho de la Unión.
- El carácter de esa normativa nacional y si persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último.
- "*Es irrelevante que la disposición nacional en la que se basa una medida sancionadora como la impuesta a Berlioz figure en una ley que no ha sido promulgada para transponer la Directiva 2011/16, dado que la aplicación de esa disposición nacional tiene por objeto garantizar la aplicación de dicha Directiva. Por consiguiente, debe considerarse que una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé una medida sancionadora por no atender una solicitud de la autoridad tributaria nacional cuya finalidad es permitir a esta última el cumplimiento de las obligaciones que establece la Directiva 2011/16, aplica esta Directiva. Así pues, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 51, apartado 1, de la Carta debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro aplica el Derecho de la Unión, a efectos de dicha disposición, y por tanto la Carta es aplicable, cuando su legislación prevé la imposición de una sanción pecuniaria a un administrado que se niega a facilitar información en el marco de un intercambio de información entre autoridades tributarias, basado en particular en las disposiciones de la Directiva 2011/16*"[91],
- La decisión de un Estado miembro de extraditar a un ciudadano de la Unión, en una situación como la del litigio principal, está comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 18 TFUE y 21 TFUE y, por tanto, del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta[92].

En sentido negativo, el TJUE ha considerado como situaciones ajenas al Derecho de la Unión:

- Cuando la normativa nacional controvertida en el litigio principal no tiene por objeto aplicar disposiciones del Derecho de la Unión[93];
- Cuando el Derecho de la Unión no contiene ninguna normativa específica en la materia o que pueda afectar a la normativa nacional[94] o no ha desarrollado ningún acto en desarrollo de sus competencias[95];

[90] SSTJUE Siragusa, C-206/13, de 6 de marzo de 2014, apartado 25 y jurisprudencia citada, y Julián Hernández y otros, C-198/13, de 10 de julio de 2014, apartado 37.
[91] STJUE Berlioz Investment Fund SA, C-682/15, de 16 de mayo de 2017.
[92] STJUE Aleksei Petruhhin, asunto C 182/15, de 6 de septiembre de 2016.
[93] STJUE Eurosaneamientos y otros, de 8 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 532/15 y C 538/15.
[94] STJUE Torralbo Marcos, C 265/13, de 27 de marzo de 2014, apartado 32.
[95] STJUE X y X, de 7 de marzo de 2017, C 638/16 PPU, apartado 44.

- Cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponían a los Estados miembros ninguna obligación concerniente a la situación objeto del asunto principal[96];
- "*El hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación que sufre esa persona pueda ser calificada de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado por la Directiva 2000/78*"[97].

Las dudas en cuanto a si nos encontramos ante una situación propia del Derecho de la Unión, deben ser **resueltas**, en su caso, mediante el planteamiento de una **cuestión prejudicial europea (art. 267 TFUE).**

3. Dentro del marco de las situaciones propias del derecho de la Unión, y de forma análoga al TEDH, el TJUE también parte de una posición de autonomía sobre la valoración del carácter penal (o no) de los procedimientos y sanciones que se sometan a la consideración de la aplicación de los derechos fundamentales de la CDFUE derivados de dicho carácter penal (con independencia de la calificación de los Estados.

Como el TEDH, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que tres criterios son pertinentes en el marco de esta apreciación[98]:

- El primero es la calificación jurídica de la infracción en Derecho interno;
- El segundo, la propia naturaleza de la infracción. En cuanto al segundo criterio, relativo a la propia naturaleza de la infracción, este implica comprobar si la medida de que se trate tiene concretamente una finalidad represiva, sin que la mera circunstancia de que persiga igualmente una finalidad preventiva pueda privarla de la calificación de sanción penal. En efecto, es propio de las sanciones penales tener por objeto tanto la represión como la prevención de conductas ilícitas. En cambio, una medida que se limite a reparar el perjuicio causado por la infracción de que se trate no reviste carácter pena[99]; y,
- El tercero, la gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado. El nivel de gravedad se determina en función de la pena máxima prevista por las disposiciones aplicables[100] [101].

[96] STJUE Siragusa, C 206/13, de 6 de marzo de 2014, apartado 26 y jurisprudencia citada.
[97] STJUE Mohamed Daouidi y otros, asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016.
[98] SSTJUE Bpost, C-117/20, de 22 de marzo de 2022, apartado 25; MV, C-97/21 de 4 de mayo de 2023, apartado 38; Volkswagen Group Italia SpA y otros, C-27/22, de 14 de septiembre de 2023, apartado 45.
[99] STEDH MV, C-97/21 de 4 de mayo de 2023, apartado 42.
[100] Ibid. apartado 46.
[101] un precintado durante un período de hasta 30 días puede calificarse de grave, en particular, en el caso de un comerciante individual que solo disponga de un local comercial, dado que dicho precintado le impide, en especial, ejercer su actividad y le priva así de sus ingresos. En cuanto a la sanción pecuniaria, el hecho de que su importe, por una primera infracción, no pueda ser inferior a 500 BGN (aproximadamente 250 euros) y pueda llegar hasta 2 000 BGN (aproximadamente 1 000 euros), al igual que la relación entre el IVA eludido en la venta del paquete de cigarrillos de que se trata en el litigio principal, a saber, un importe inferior a 1 BGN (aproximadamente 0,50 euros), y la sanción impuesta, que, según las indicaciones del Gobierno búlgaro, asciende a 500

D. Situaciones identificables

La delimitación del contenido de los derechos fundamentales debe diferenciar las situaciones ajenas al Derecho de la Unión y las situaciones propias del Derecho de la Unión, siendo:

1. Situaciones ajenas al Derecho de la Unión, el contenido de los derechos fundamentales será el dado por el CEDH y el TEDH, si bien el la CE y el TC pueden ampliar la protección.

2. Situaciones propias del Derecho de la Unión: el contenido de los derechos fundamentales será el dado por el CEDH y el TEDH, si bien la CDFUE y el TJUE pueden ampliar la protección, sin que el ningún tribunal nacional incluido el Constitucional pueda inaplicar el derecho de la Unión ampliando la protección sobre la fijada por la CDFUE y el TJUE.

La delimitación de las situaciones propias del Derecho de la Unión corresponde en primer grado a la atribución de los textos constitutivos (art. 5.2 TUE), pero la interpretación auténtica de los mismos corresponde al TJUE.

II. Persona jurídica y derechos fundamentales

A. CEDH - TEDH

Desde los debates previos a la aprobación del CEDH y desde la primera de las versiones del Convenio, **las personas jurídicas siempre han formado parte de la protección desplegada por el TEDH como potenciales víctimas de la actividad de los Estados firmantes**, previsión de protección que quedó incorporada en el art. 34 CEDH[102] al determinar como sujetos legitimados para la interposición de una demanda ante el TEDH a una *"organización no gubernamental*[103] *[…] que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes*".

La actividad desarrollada por el TEDH ha reconocido la vulneración de derechos protegidos por el Convenio ante la solicitud de protección desarrollada por personas jurídicas como víctimas de las violaciones de los estados en múltiples

BGN (aproximadamente 250 euros), ponen de manifiesto el carácter grave de dicha sanción; Ibid, apartados 47 y 48.

[102] Antiguo 25.1 CEDH hasta la eliminación de la actividad de la Comisión con el Protocolo 11 del CEDH y la puesta en funcionamiento del nuevo TEDH, protocolo que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

[103] En lo que respecta a las empresas, el Tribunal ha considerado que será "no gubernamental" a efectos del artículo 34 cuando se regule esencialmente por el derecho de sociedades, no goce de ningún poder gubernamental o de otro tipo más allá de los conferidos por el derecho privado ordinario en el ejercicio de sus actividades y esté sujeta a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en lugar de los administrativos. El Tribunal también ha tenido en cuenta el hecho de que una empresa demandante lleve a cabo actividades comerciales y que no tenga una función de servicio público ni ejerza el monopolio en un sector competitivo, Decisión TEDH (Gran Sala) Slovenia c. Croacia, de 18 de noviembre de 2020, apartados 62 y 63.

ocasiones[104] desde que por primera vez lo hiciera en el año 1979, cuando consideró como víctima de la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 8 CEDH) a Times Newspaper Limited[105], persona jurídica editora del periódico The Sunday Times[106] [107].

Además, y desde una vertiente procesal, el TEDH es muy restrictivo a la hora de permitir que los socios o directivos de empresas sean quienes soliciten la tutela del TEDH en relación a procedimientos o situaciones en las que no fueron parte por serlo las personas jurídicas (su doctrina del levantamiento del velo), reduciéndolo a los supuestos en los que sea imposible para la empresa desarrollar la solicitud a través de los órganos fijados en sus estatutos o, en caso de liquidación, sus liquidadores[108]. En otro caso **deberán ser las personas jurídicas las que soliciten esa protección.**

Desde el anterior marco genérico, es el análisis de cada derecho fundamental afectado por el proceso penal el que marca, en base a los pronunciamientos del TEDH, cuál sea su alcance para la persona jurídica.

B. CDFUE – TJUE

El sistema de derechos fundamentales de la UE tiene un antes y un después de la aprobación[109] y entrada en vigor[110] del Tratado de Lisboa y la aprobación[111] y entrada en vigor[112] de la CDFUE.

Antes de la promulgación de la CDFUE, el TJUE acuñó el término principios generales del Derecho de la Unión como los criterios de referencia en los que integraba los derechos humanos y fundamentales, pasando a ser objeto de protección –y criterio de decisión- en la actividad del TJUE[113]. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, a través de su declaración común de 5 de abril de 1977[114], así lo manifestaron expresamente, subrayando:

---

[104] Que se relacionan y son objeto de análisis a lo largo de este texto.
[105] También al editor Mr. Harold Evans y a un grupo de periodistas del periódico semanal británico The Sunday Times.
[106] STEDH Sunday Times c. Reino Unido, 26 de abril de 1979.
[107] No existiendo sentencias del TEDH que pongan en duda la potencial (como presupuesto de legitimación) o declarada condición de víctima de las personas jurídicas, si existen sentencias que niegan esa categorización a las organizaciones gubernamentales, determinando los criterios para la consideración de una organización como gubernamental, gravitando en torno al ejercicio de funciones públicas.
[108] SSTEDH G.I.E.M y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 267; Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia, de 7 de junio de 2012, apartado 92.
[109] 13 de diciembre de 2007.
[110] 1 de diciembre de 2009.
[111] 12 de diciembre de 2007.
[112] 1 de diciembre de 2009.
[113] SSTJUE Erich Stauder c. City of Ulm, Caso 29-69, ce 12 de noviembre de 1969; Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Caso 11-70, de 17 de diciembre de 1970; Gabrielle Defrenne c. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena, Caso 149/77, de 15 de junio de 1978.
[114] Diario Oficial n° C 103 de 27/04/1977 p. 1.

- La importancia primordial que atribuyen al respecto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales; y
- Que en el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos, las Comunidades Europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos.

Tras la entrada en vigor de la CDFUE (que carece de mención directa alguna a las personas jurídicas), y en el marco de relación expuesto con el CEDH, **el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la titularidad de los mismos por parte de la persona jurídica, tanto sustantivos**[115] **como procesales**[116]**, absteniéndose de desarrollar ninguna teoría general al respecto de su titularidad**, sino completando pronunciamientos autónomos sobre la aplicación a las personas jurídicas tuteladas judicialmente de derechos fundamentales concretos.

En los términos del Abogado General Sr. Michal Bobek[117], **tanto el TEDH como el TJUE han ido extendiendo de manera progresiva la protección de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, cuando esa postura parecía correcta a la luz del derecho fundamental específico de que se tratase**. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas se han ido ampliando progresivamente, de manera bastante natural y espontánea, sin necesidad de reflexiones más profundas sobre la naturaleza o la función de los derechos fundamentales. **Las consideraciones subyacentes tienen un carácter más funcional: ¿es razonable aplicar el derecho fundamental controvertido, mediante una analogía razonable, a las personas jurídicas? En caso afirmativo, ese derecho tiende a extenderse a las personas jurídicas, quizá con sujeción a mayores limitaciones y restricciones**[118].

Desde el anterior marco genérico, procede el análisis de cada derecho fundamental afectado por el proceso penal de la persona jurídica, en base a los pronunciamientos del TJUE.

---

[115] i.e. art. 8 CDFUE, protección de datos, STJUE (Gran Sala) Volker und Markus Schecke GbR, de 9 de noviembre de 2010, apartados 52 y 53; art. 16, libertad de empresa, STJUE Parkwood Leisure Ltd, C 426/11, de 18 de julio de 2013, apartados 30 a 32, AGET Iraklis, C 201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartados 82 a 95; art. 17 CDFUE, derecho de propiedad, STJUE Schindler Holding Ltd, C 501/11, de 18 de julio de 2013, apartados 124 a 129; arts. 20 y 21 igualdad ante la ley y no discriminación, STJUE BB construct S. R. O, C 534/16, de 26 de octubre de 2017 apartados 43 a 45.

[116] i.e art. 47 CDFUE, tutela judicial efectiva y juez imparcial, SSTJUE Knauf Gips KG, C-407/08 P, de 1 de julio de 2010, apartados 90 y 91; DEB, C-279/09, de 22 de diciembre de 2010, apartados –entre otros- 33 y 52; art. 48 CDFUE presunción de inocencia, STJUE Villeroy & Boch AG, C 625/13 P, de 26 de enero de 2017, apartados 145 a 149; art. 49 CDFUE, principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas, SSTJUE ThyssenKrupp Nirosta GmbH, C 352/09 P, de 29 de marzo de 2011, apartado 80, (Gran Sala) PJSC Rosneft Oil Company, C 72-15, de 28 de marzo de 2017, apartados 162 a 168.

[117] Conclusiones de 13 de julio de 2017, Asunto c-194/16, de Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB, apartado 41.

[118] Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek de 13 de julio de 2017, Asunto c-194/16, de Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB, apartado 44.

De nuevo, es el análisis de cada derecho fundamental de la CDFUE afectado por el proceso penal el que marca, en base a los pronunciamientos del TJUE, cuál sea su alcance para la persona jurídica.

C. CE - TC

El Tribunal Constitucional reconoció por primera vez la titularidad de un derecho fundamental a una persona no física en la STC 19/1983, de 14 de marzo, reconociendo a la Diputación Foral de Navarra el derecho a la Tutela Judicial Efectiva del art. 24 CE cuando actuara en relaciones de carácter laboral y ya desde ese momento anunció los pilares de su posicionamiento:

- La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos; y
- Se debe acudir a los posicionamientos del TEDH como referente necesario para resolver las cuestiones[119].

Sólo tres meses después confirmaría el posicionamiento con respecto a este mismo derecho fundamental pero predicado sobre la persona jurídica Banco de Valencia[120]. Desde entonces, el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la titularidad de los mismos por parte de la persona jurídica, tanto sustantivos[121] como procesales[122], desarrollando algunos fundamentos de su titularidad:

- "*Aun cuando no se explicite en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados*[123], *los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas*"[124].
- "*Basta leer los artículos 14 a 29 para deducir el sentido del artículo 53.2, que es el de afirmar que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de tales libertades y derechos, es decir que todos los ciudadanos son titulares de los mismos, pero sin que ello limite la posible titularidad por otras personas*"[125]. "*Si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el art. 24.1 comprende en la referencia a todas las personas tanto a las físicas como a las jurídicas*[126]". "*El pleno*

[119] Ambas cuestiones se encuentran en el FJ 2 de la STC 19/1983, de 14 de marzo.
[120] STC 53/1983, de 20 de junio.
[121] i.e. art. 14 CE, igualdad ante la ley, STC 23/1989, de 2 de febrero; art. 18.1 CE, honor, SSTC 139/1995, de 26 de septiembre, 183/1995, de 11 de diciembre, 79/2014, de 28 de mayo; art. 18.1 CE, inviolabilidad domiciliaria, SSTC 137/1985, de 17 de octubre; art. 21 CE, libertad de expresión STC 52/1995, de 23 de febrero,
[122] i.e 24 CE Tutela judicial efectiva, SSTC 19/1983, de 14 de marzo, 53/1983, de 20 de junio; derecho a no prestar declaración contra uno mismo, STC 54/2015, de 16 de marzo.
[123] En referencia al art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, como lo hacen SSTC 137/1985, de 17 de octubre (FJ 3), 139/1995, de 26 de septiembre.
[124] STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 2.
[125] STC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 2.
[126] STC 53/1983, de 20 de junio, FJ 1.

reconocimiento judicial del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derecho constitucionalmente reconocidos y legislativamente desarrollados"[127].

- "*Si el objeto y función de los derechos fundamentales es la protección de individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto estos sirvan para los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) CE, sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social*"[128].
- "*Recapitulando lo expuesto hasta aquí, puede sostenerse que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental*"[129].

En sus pronunciamientos el TC menciona como argumento de autoridad las decisiones del TEDH[130], que posee el alcance expuesto en este punto, así como a la doctrina de otros países[131], y conduce, de nuevo, al necesario análisis de cada derecho fundamental afectado por el proceso penal para fijar cuál sea su alcance para la persona jurídica.

[127] STC 241/1992, de 21 de diciembre, FJ 4.
[128] STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ4.
[129] STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ5.
[130] SSTC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 2, 79/2014, de 28 de mayo, FJ 3.
[131] STC 137/1885, de 17 de octubre, FJ 3.

III. Derechos y libertades fundamentales sustantivos relacionados con la responsabilidad penal de la persona jurídica

A. Igualdad ante la Ley y no discriminación

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 14 CEDH y arts. 1 y 2 del Protocolo 12.

El **art. 14 CEDH**[132] asienta la prohibición de discriminación con respecto a los derechos reconocidos en el Convenio, y **el Protocolo 12[133] (arts. 1[134] y 2[135])** amplía esa prohibición de discriminación a cualquier derecho reconocido por los Estados firmantes[136] y a actuaciones de sus Autoridades públicas.

1. **La protección desplegada por el art. 14 CEDH lo es siempre en relación con alguno de los derechos sustantivos relacionados en el Convenio**[137] (i.e. discriminación en situaciones afectantes a la libertad, en el marco del derecho a un proceso justo, en la inviolabilidad del domicilio…), sin que la previsión del CEDH contenga una prohibición general de no discriminación.

La no discriminación concebida en los términos del art. 14 por el TEDH refiere a la distinción o tratamiento distinto de los Estados a los derechos del convenio de distintas personas en situaciones en las que no existe una justificación objetiva y razonable para ese tratamiento distinto esto es, cuando el distinto tratamiento no persigue un fin legítimo o cuando no existe una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido[138].

2. La protección desplegada por el art. 1 del protocolo 12 CEDH parte del mismo significado del término discriminación del art. 14 CEDH, pero amplía su campo de

---

[132] "*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*".

[133] Roma, 4 de noviembre de 2000.

[134] "*1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1".

[135] Aplicación territorial.

[136] Firmado por España el 4 de octubre de 2005, ratificado el 13 de febrero de 2008 y con entrada en vigor el 1 de junio de 2008. Pendiente de ratificación por algunos Estados. Para ver el estado de firma, ratificación y entrada en vigor acudir a: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures (ultima consulta 30.06.2024).

[137] Por todas, STEDH Sommerfeld c. Alemania, de 8 de julio de 2003, apartado 84.

[138] Por todas, STEDH Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, apartado 72.

actuación[139] [140] desde la no discriminación en relación a los derechos reconocidos en el CEDH:

- Al goce de cualquier derecho específicamente garantizado por una ley nacional;
- Al goce de cualquier derecho que pueda inducirse de una obligación clara de una Autoridad pública de acuerdo con una ley nacional, esto es cuando una Autoridad pública se encuentra bajo una obligación conforme a la ley nacional de comportarse o actuar de una determinada manera;
- Al ejercicio de las facultades discrecionales de las Autoridades públicas (i.e. en la concesión de subvenciones); y
- Al ejercicio de cualquier acto u omisión por cualquier Autoridad pública (i.e. el comportamiento de policías controlando un disturbio).

De acuerdo con las manifestaciones del Consejo de Europa, sin poder descartar las obligaciones positivas y con ellas cierto efecto horizontal indirecto –afectación a las relaciones entre personas privadas-, el primer objetivo del art. 1 del Protocolo 12 es encarnar una obligación negativa para los Estados (la obligación de no discriminar contra los individuos), debiendo tenerse en cuenta que el art. 1 del Protocolo[141]:

- Se refiere a derechos reconocidos por la ley, lo que ha de limitar ese efecto horizontal indirecto a las esferas públicas de actuación de los individuos reguladas por la propia Ley y sólo en caso de laguna de la regulación estatal en áreas en las que el Estado tenga competencia para regular o haya regulado.
- Protege frente a la discriminación de las autoridades públicas, sin que pretenda la imposición a los Estados de la adopción de medidas para prevenir o remediar cualquier circunstancia de discriminación en las relaciones operadas entre personas privadas, que son objeto de instrumentos internacionales específicos y más concretos que este artículo del protocolo.

Por último, el art. 1 se refiere a derechos reconocidos por la Ley incluyendo leyes internacionales, sin que ello otorgue jurisdicción al TEDH para examinar el incumplimiento de otros instrumentos internacionales.

3. En ambos casos (tanto en relación a derechos del Convenio como a derechos regulados por los Estados o actuaciones de sus funcionarios públicos relacionadas con los anteriores), las formas de discriminación pueden ser:

- **Discriminación directa:** la que se produce cuando existe una diferencia de tratamiento entre personas en análoga o similares situaciones basadas en

[139] "*Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*" del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 2000, apartado 22.
[140] Sin que las diferencias entre unas y otras deban entenderse como referentes absolutos, pudiendo existir diferentes aproximaciones nacionales sobre qué situaciones deben ubicarse en qué supuestos. Ibid. apartado 23.
[141] Ibid. apartados 24 a 30.

características identificables[142], que requiere para su determinación la concurrencia de:

  - Un trato menos favorable[143];
  - Con respecto a una situación comparable;
  - Existiendo una relación causal entre el trato menos favorable y las situaciones protegidas[144] (propias o de terceros –por asociación con ellas[145]-).

- **Discriminación indirecta:** la que puede producirse cuando no existe una diferencia de tratamiento entre personas con características distintas identificables en situaciones análogas, que requiere para su determinación la concurrencia de:

  - Una norma, criterio o práctica aparentemente neutral;
  - Que sin embargo ubica a un grupo protegido en una situación de desventaja;
  - Con respecto a la situación de otro grupo comparable afectado por la misma norma, criterio o práctica.

- **Discriminación múltiple e interseccional:** son aquellas en las que la discriminación se desarrolla en base a la concurrencia de varias situaciones protegidas que operan separadamente (múltiple) o con vinculaciones entre ellas (interseccional), y que se fundan en las diferencias que pueden existir entre miembros de un mismo colectivo. El TEDH no utiliza estos términos, pero si trata situaciones en las que son varias las situaciones protegidas que operan a la vez[146].

- **Acoso e incitación a la discriminación**[147]: pudiendo adoptar diversas formas (palabras, gestos, textos escritos, fotografías, otros contenidos y abuso físico), se trata de una excesiva y abierta crítica que afecte a la dignidad de una persona.

- **Delitos de odio:** cualquier delito cometido sobre una persona como consecuencia de las características percibidas de la misma (incluyendo la

[142] SSTEDH, Biao c. Dinamarca, 24 de mayo de 2016, apartado 89; Carson y otros c. Reino Unido, 16 de marzo de 2010 apartado 61; D.H. y otros c. República Checa 13 de noviembre de 2007, apartado 175; Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008, apartado 60.
[143] i.e. negativa a entrar en un restaurante o tienda, menor pensión, menor salario, edad de jubilación superior, no poder reclamar derechos hereditarios, no vestir símbolos religiosos, no recibir prestaciones sociales.
[144] Sexo, identidad de género, discapacidad, edad, raza, etnia, color, pertenencia a minoría nacional, nacionalidad u origen, religión o creencias, lenguaje, origen social, nacimiento, pobreza, opiniones políticas o de otro contenido y otras situaciones.
[145] Un hijo que se ve afectado por la discriminación efectuada por las características de su padre, situación protegida por asociación del hijo con la situación del padre.
[146] B.S. c. España, de 24 de julio de 2012; S.A.S. c. Francia, de 1 de julio de 2014.
[147] El acoso es una forma de discriminación directa que sin embargo se trata de forma autónoma por la legislación de la UE por intensidad de sus efectos y que se incorpora a esta clasificación al estar incluida en el CEDH y por motivos sistemáticos.

violencia de genero[148]), sesgo que se convierte en el motivo de los mismos y que hace que el delito posea efectos no sólo sobre la víctima directa, sino sobre el colectivo al que pertenezca la víctima, pudiendo generar división social entre ese colectivo y la sociedad. Estas situaciones conllevan obligaciones sustantivas (no se pueden tratar de la misma forma que las situaciones no vinculadas a esta motivación[149], se debe proteger de forma específica a las víctimas de estos delitos[150]) y procesales (investigar la posible existencia de la motivación discriminatoria en el delito[151], proteger a potenciales víctimas[152]).

- **Discurso del odio:** son expresiones públicas que difunden, incitan promueven o justifican el odio, la discriminación o la hostilidad hacia específicos grupos, incluyendo aquellos difundidos por internet[153].

- **Incumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados**: ante las situaciones anteriores protagonizadas por particulares.

4. Las áreas identificables en las que el TEDH ha tratado potenciales violaciones del art. 14 y del art. 1 del protocolo 12 son la educación, bienestar y seguridad social, educación, acceso a bienes, servicios y hogar, respeto a la intimidad personal y familiar, participación política y acceso a la justicia en asuntos penales.

Con respecto a estos últimos, se trata la aplicación del art. 14, en caso de ser relevante, en relación con los derechos del CEDH en las líneas que siguen, conforme se analicen los mismos. En relación a los asuntos penales en los que el TEDH ha considerado la aplicación del art. 1 del Protocolo 12, ha considerado su no violación en las normas de distribución de asuntos entre los tribunales de guerra de Bosnia Herzegovina estatales y de las entidades (Bosnia y Srpska), dada la mayor pena que estadísticamente, según los demandantes, imponen los tribunales estatales[154].

- CDFUE – TJUE: arts. 20 y 21 CDFUE

La CDFUE determina la igualdad ante la ley en el art. 20[155] y la prohibición de la discriminación en el art. 21[156] (que sería una particular expresión del principio de

[148] SSTEDH Opuz c. Turkia, de 9 de junio de 2009; Eremia c. Republica de Moldova, de 28 de mayo de 2013; M.G. c. Turkia, de 22 de Marzo de 2016.
[149] STEDH M.C. y A.C. c. Rumania, de 12 de abril de 2016, apartado 113.
[150] STEDH R.B. c. Hunría, de 12 de abril de 2016, apartado 39.
[151] STEDH Abdu c. Bulgaria, de 11 de marzo de 2014.
[152] STEDH Đorđević c. Croacia, de 24 de julio de 2012.
[153] STEDH Delfi AS c. Estonia, 16 de junio de 2015.
[154] SSTEDH (Gran Sala) Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, de 18 de julio de 2013.
[155] "*Todas las personas son iguales ante la ley*".
[156] "*1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares".

igualdad ante la ley[157]), conformando ambos el principio de igualdad de trato, que siempre ha conformado un principio general de la UE[158], sin que sus previsiones supongan una habilitación o competencia para desarrollos normativos autónomos[159], sino derechos fundamentales para la valoración de la normativa y actuación de las instituciones europeas y de la normativa y actividad de los Estados y administraciones nacionales en materias propias del Derecho de la Unión.

Señalan las Explicaciones sobre la CDFUE[160] que el art. 21.1 CDFUE se inspira en el artículo 14 del CEDH que en la medida en que coincide con él, se aplica de acuerdo con él.

1. Este principio de igualdad exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente[161], estando justificada una diferencia de trato cuando se basa en un criterio objetivo y razonable, es decir, cuando se relaciona con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato[162].

La exigencia del carácter análogo de las situaciones debe apreciarse atendiendo a todos los aspectos que las caracterizan[163], sin que sea necesario que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas, un examen que debe efectuarse de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta el objeto

---

[157] STJUE Wolfgang Glatzel C. Freistaat Bayern, C-356/12, de 22 de mayo de 2014, apartado 43.
[158] SSTJUE Racke, asunto 283/83, de 13 de noviembre de 1984; EARL, C-15/95, de 17 de abril de 1997; Karlsson, C-292/97 de 13 de abril de 2000.
[159] En este sentido debe tenerse en cuenta, a su vez, el contenido del art. 19 TFUE en el que se habilita para el desarrollo de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, objeto de desarrollos específicos normativos como:
(i) Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.
(ii) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
(iii) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
(iv) Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
(v) Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
[160] DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[161] STJUE Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión, C‑550/07, de 14 de septiembre de 2010, apartados 54 y 55 y la jurisprudencia citada.
[162] SSTJUE Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C‑127/07, de 16 de diciembre de 2008, apartado 47, y Schaible, C‑101/12, de 17 de octubre de 2013, apartado 77.
[163] STJUE Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C‑127/07, de 16 de diciembre de 2008, apartado 25, O, C‑432/14, de 1 de octubre de 2015, apartado 31, Petya Milkova, C-406/15, de 9 de marzo de 2017, apartado 56.

y la finalidad de la normativa nacional que establece la diferenciación controvertida[164].

Como se ha mencionado, **la normativa sobre la que se aplica el derecho fundamental es la normativa europea o la normativa nacional en situaciones del Derecho de la Unión**, sin que quepa la fijación de términos comparables en las situaciones o normativas que resulten de las relaciones exteriores de la UE con terceros estados[165] que podrán ser perfectamente distintas[166].
Por otra parte, el principio de igualdad de trato debe conciliarse con el respeto de la legalidad, que impide que nadie pueda invocar en su beneficio una ilegalidad cometida en favor de otro[167].

2. El TJUE ha aplicado este derecho reconocido en los art. 20 y 21 CDFUE (principio de igualdad) en diversas situaciones del Derecho de la Unión[168] (i.e.):

[164] STJUE Römer, C‑147/08, 10 de mayo de 2011, apartado 42, Hay, C‑267/12, de 12 de diciembre de 2013, apartado 33, Szatmári Malom, C‑135/13, de 15 de mayo de 2014, apartado 67, O, C‑432/14, de 1 de octubre de 2015, apartado 32, Petya Milkova, C-406/15, de 9 de marzo de 2017, apartado 57.

[165] SSTJUE Balkan-Import Export, 55/75, de 22 de enero de 1976, apartado 14, Faust/Comisión, 52/81, de 28 de octubre de 1982, apartado 25; Alemania/Consejo, C‑122/95, de 10 de marzo de 1998, apartado 56, T. Port, C‑364/95 y C‑365/95, de 10 de marzo de 1998, apartado 76, Swiss International Air Lines AG, C-272/15, apartado 26.

[166] Mayores problemas plantean situaciones de fijación de términos de comparación entre normativa de estados miembros y de actuaciones de sus administraciones, siempre en situaciones del derecho de la Unión y en el marco de las situaciones de la ciudadanía de la Unión, el mercado único y la libertad de circulación de personas, mercancías y capitales, en concreto (i) la posible comparación del contenido dos normativas nacionales –que respeten ambas el Derecho de la Unión- (STJUE Peter Radgen, C-478-15, de 21 de septiembre de 2016, "*45 ha de tenerse en cuenta también, en primer lugar, que el artículo 21, apartado 2, del mencionado Acuerdo contempla la posibilidad de aplicar un trato diferente, en materia fiscal, a los contribuyentes que no se encuentren en situaciones comparables, particularmente por lo que respecta a su lugar de residencia. 46 En segundo lugar, incluso en el supuesto de contribuyentes que se encuentren en situaciones comparables, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la libertad de circulación que garantiza el Tratado, puede justificarse una diferencia de trato por razones imperiosas de interés general.* ***En tal caso, también es necesario que esa diferencia sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo*** *–SSTJUE Kraus, C-19/92, de 31 de marzo de 1993, apartado 32 y jurisprudencia citada, Olympique Lyonnais, C-325/08, de 16 de marzo de 2010, apartado 38 y jurisprudencia citada-)* o (ii) la posible comparación entre la aplicación de la normativa nacional en dos Estados distintos por sus dos administraciones a una misma circunstancia de un mismo ciudadano (i.e. STJUE Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, de 2 de junio de 2016).

[167] SSTJUE The Rank Group, C‑259/10 y C‑260/10, de 10 de noviembre de 2011, apartado 62, Pescatori La Tonnara Soc. coop, C-350/16, de 13 de septiembre de 2017.

[168] El principio de igualdad de armas constituye la expresión específica del principio general de igualdad ante la ley que figura en el artículo 20 de la Carta y debe analizarse desde el punto de vista de dicho artículo 47 CDFUE, SSTJUE Sánchez Morcillo y Abril García, C‑169/14, de 17 de julio de 2014, apartado 48, Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov, C-205/15, de 30 de junio de 2016, apartado 36.

- Normativa laboral nacional sustantiva[169] o procesal[170],
- Asignación de cuotas de pesca[171],
- Fiscalidad -IVA[172]-,
- Regulación de profesiones –piloto comercial[173]-,
- Aplicación de derechos de personas con discapacidad[174],
- Normativa mercantil[175],
- En la individualización de penas por el Tribunal General en materia de competencia[176],
- Limitaciones a la donación de sangre en base a conductas relacionadas con la orientación sexual[177],
- Régimen de seguridad social de personas que han optado por un cambio de sexo[178].

En materia afectante al Derecho penal, el TJUE ha aplicado el principio de igualdad de trato (arts. 20 y 21 CDFUE) considerando:

- Que de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar, aplicándolo como conceptos autónomos del Derecho de la Unión e interpretarse de manera uniforme en toda la Unión:

    - Al término "juicio del que derive la resolución"[179] de la Decisión Marco 2002/584 –Euroorden-;

[169] SSTJUE Gardenia Vernaza Ayovi, C 96/17, de 25 de julio de 2018, Gran Sala Grupo Norte Facility, S.A., C 574/16, de 5 de junio de 2018.
[170] STJUE Antonio Miravitles Ciurana, C 243/16, de 14 de diciembre de 2017.
[171] STJUE Spika UAB y otros, C 540/16, de 12 de julio de 2018.
[172] SSTJUE Finanzamt Bingen-Alzey, C 462/16, de 20 de diciembre de 2017; (Gran Sala) Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) C 390/15, de 7 de marzo de 2017
[173] TJUE Werner Fries, C 190/16, de 5 de julio de 2017.
[174] SSTJUE Petya Milkova, C 406/15, de 9 de marzo de 2017, Wolfgang Glatzel C-356/12, de 22 de mayo de 2014.
[175] STJUE Private Equity Insurance Group» SIA, C-156/15, de 10 de noviembre de 2016.
[176] STJUE Zucchetti Rubinetteria SpA, C-618/13 P, de 26 de enero de 2017.
[177] STJUE Geoffrey Léger, C-528/13, de 29 de abril de 2015.
[178] STJUE MB, C-451/16, de 26 de junio de 2018.
[179] "*Se refiere únicamente a la instancia a cuyo término se haya pronunciado la resolución que haya resuelto definitivamente sobre la culpabilidad del interesado y sobre su condena a una pena, como una medida de privación de libertad, a raíz de un nuevo examen, tanto fáctico como jurídico, del fondo del asunto. Un procedimiento de recurso como el que es objeto del procedimiento principal está incluido, en principio, en ese concepto. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente asegurarse de que reúne las características anteriormente enunciadas*", STJUE Tadas Tupikas, C-270/17 PPU, de 19 de agosto de 2017.

- Al término "pronunciamiento de la sentencia firme"[180] de la Decisión Marco 2008/909 –reconocimiento mutuo de sentencias-;
- Al término "privación de libertad"[181] de la Decisión Marco 2002/584 – Euroorden-;
- A los términos "citado en persona" y "recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos[182]" de la Decisión Marco 2002/584 – Euroorden-;
- A los términos "residente" y "habite[183]" de la Decisión Marco 2002/584 –Euroorden-.

- Que la situación de las personas que enfrentan una euroorden en el caso de que los hechos recaigan en el catálogo de las 32 categorías de infracciones enumeradas en el art. 2.2 aun siendo comparable con la situación de las personas que enfrenten la euroorden para los delitos no incluidos en ese catálogo, está justificada objetivamente de forma que el tratamiento diferenciado de ambas situaciones dado por la Decisión Marco 2002/584 no vulnera el principio de igualdad de trato[184].

---

[180] "*se refiere únicamente a las sentencias que hayan adquirido firmeza antes de la fecha especificada por el Estado miembro de que se trate*", STJUE Gerrit van Vemde, C-582/15, de 25 de enero de 2017.

[181] "*Debe interpretarse en el sentido de que una medida como la asignación de residencia de una duración de nueve horas durante la noche, acompañada de una vigilancia de la persona afectada mediante una pulsera electrónica, de una obligación de presentarse diariamente o varias veces por semana en una comisaría de policía en horas fijas y de una prohibición de solicitar la expedición de documentos que permitan viajar al extranjero, no es, en principio, a la vista del tipo, de la duración, de los efectos y de las modalidades de ejecución del conjunto de estas medidas, tan restrictiva como para entrañar un efecto privativo de libertad comparable al que resulta de una encarcelación ni, por lo tanto, para poder calificarse de «privación de libertad», en el sentido de dicha disposición, circunstancia que corresponde comprobar, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente*", STJUE JZ, C-294/16, de 28 de julio de 2016..

[182] "*No cumple por sí sola los requisitos establecidos en ese precepto una citación, como la controvertida en el procedimiento principal, que no fue notificada directamente al interesado, sino que se entregó, en el domicilio de éste, a un adulto que vive en dicho domicilio y que se comprometió a entregársela, cuando la orden de detención europea no permita dilucidar si y, en su caso, cuándo ese adulto entregó efectivamente la citación al interesado*", STJUE Paweł Dworzecki, C-108/16 PPU, de 24 de mayo de 2016.

[183] "*Una persona reclamada es «residente» del Estado miembro de ejecución si ha establecido su residencia real en éste y «habita» en él si, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese Estado miembro, ha creado vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia; para determinar si existen entre la persona reclamada y el Estado miembro de ejecución vínculos que permitan considerar que esa persona «habita» en él en el sentido de dicho artículo 4, número 6, corresponde a la autoridad judicial de ejecución efectuar una apreciación global de varios de los elementos objetivos que caracterizan la situación de esa persona, entre los que figuran, en particular, la duración, la naturaleza y las condiciones de permanencia de la persona reclamada, así como los lazos familiares y económicos que mantenga esa persona con el Estado miembro de ejecución.*", STJUE Szymon Kozłowski, C-66/08 PPU, de 17 de julio de 2008.

[184] STJUE (Gran Sala) Advocaten voor de Wereld VZW, C-303/05, de 3 de mayo de 2007.

- CE – TC: art. 14 CE

El art. 14 CE[185] alcanza la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación, habiendo desarrollado el TC una doctrina consolidada sobre su contenido, bajo el concepto del principio de igualdad, que vincula a todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) y abarca tanto la propia generación normativa (legislador y poder reglamentario) como a su aplicación y al ejercicio de la discrecionalidad de los poderes públicos.

1. El principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 CE hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1 CE), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3 CE)[186]. **Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación**, como declara de forma expresa el art. 14 CE, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable[187], esto es, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados[188].

---

[185] "*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*".

[186] El Tribunal Constitucional ha considerado desde la perspectiva del art. 14 CE los deberes positivos del Estado frente a las situaciones de discriminación indirecta (tratamiento normativo homogéneo de situaciones de desigualdad): "*la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico - inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial […]Pero, por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del art. 14, a las acciones diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar ex constitutione la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable habrá de nevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan"* STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5.

[187] STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3.

[188] SSTC 36/2011, de 28 de marzo y 64/2011, de 16 de mayo.

Para valorar si se está ante situaciones constitucionalmente lícitas o ilícitas de diferencia de trato habrá que:

- Partir de que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas[189].
- Determinar que las situaciones subjetivas efectivamente comparables o cotejables[190], es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso;
- Determinar la existencia de "factores diferenciales"[191] o de "elementos de diferenciación"[192];
- Determinar si resulta o no debidamente fundamentado el fin perseguido por la norma y del criterio utilizado por el legislador para introducir diferencias en el seno del grupo sometido a un régimen jurídico común[193];
- Determinar si las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción son proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos[194].

2. Partiendo de los anteriores criterios de valoración de la actividad legislativa, y en lo que se refiere a la normativa penal, el TC ha señalado, por ejemplo:

- Que el establecimiento de un régimen de responsabilidad penal del menor diferenciado del de los adultos no puede dar lugar a la considerar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley "*pues, como es claro, la diferencia sustancial entre unos y otros en cuanto a la responsabilidad penal es fundamento objetivo más que suficiente de la diferencia procesal*"[195].
- Que la Disposición Adicional cuarta de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores[196], determina dos grupos diferenciados de responsabilidad penal: el primer grupo de delitos que lleva aparejada una medida de internamiento de régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a cinco años de duración, limitando las posibilidades de modificación y sustitución de la medida hasta transcurrido el primer año de su cumplimiento (art. 9.5); y el segundo grupo, que incluye delitos más graves, una medida de internamiento en régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a ocho años de duración, limitando las posibilidades de modificación, sustitución y, además, de suspensión de la ejecución hasta el transcurso de la mitad de su cumplimiento. El TC considera

[189] STC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7.
[190] SSTC 76/1986, de 9 de junio y 148/1986, de 25 de noviembre.
[191] STC 42/1986, de 10 de abril.
[192] STC 162/1985, de 29 de noviembre.
[193] SSTC 22/1981, de 2 de julio, 24/1981, de 10 de noviembre, 75/1983, de 2 de agosto, y 148/1986, de 25 de noviembre.
[194] SSTC 171/2012, de 4 de octubre, (Pleno) 85/2019, de 19 de junio, FJ 6.
[195] SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, 64/2011, de 16 de mayo; y a esa misma conclusión ha llegado la STEDH de 29 de febrero de 1988, caso Bouamar c. Bélgica. Además, el propio art. 14.4 PIDCP determina que en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos.
[196] Actual artículo 10.2.b de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

que no cabe efectuar al legislador reproche alguno por la anterior diferenciación desde la perspectiva del art. 14 CE[197].

- Que la incorporación del art. 57.2 CP por el art. único 17 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (obligatoria imposición de las medidas de alejamiento del art. 48 CP) no plantea cuestión alguna relacionada con el principio de igualdad[198].
- Que los arts. 153.1, 148.4, 171.4, 172.2 CP y 87 ter LOPJ (en su redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género) no conducen a consecuencias desproporcionadas incompatibles con el principio de igualdad[199].
- Que el art. 380 CP (en la redacción dada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) no supone violación alguna del art. 14 CE[200].
- Que el art. 8.1 del anterior Código Penal, no supone violación alguna del derecho a la igualdad.[201]
- Que Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre[202], contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, no supone violación alguna del derecho a la igualdad.[203].
- Que el art. 91 del anterior Código Penal, no supone violación alguna del derecho a la igualdad.[204].
- Que los incisos del art. 294.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[205] «por inexistencia el hecho imputado» y «por esta misma causa» vulneran el art. 14 CE en relación la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al reducir al supuesto de inexistencia del hecho imputado (que además ha debido probarse en el proceso penal), el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y legales en un proceso que no concluyó en condena. Siendo el sentido resarcitorio de la disposición ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente, la selección de supuestos a la que conducen los incisos declarados inconstitucionales introduce una diferencia entre supuestos de prisión provisional no seguida de condena contraria al art. 14 CE, en tanto que

[197] STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 8.
[198] STC 60/2010, de 7 de octubre.
[199] SSTC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9, 45/2010, de 28 de julio, FJ 4, 213/2009, de 26 de noviembre, 203/2009, de 27 de octubre, 202/2009, de 27 de octubre, 201/2009, de 27 de octubre, 179/2009, de 21 de julio, 178/2009, de 23 de julio, 177/2009, de 21 de julio, 167/2009, de 2 de julio, 165/2009, de 3 de julio, 164/2009, de 2 de julio, 154/2009, de 25 de junio, 153/2009, de 25 de junio, 152/2009, de 25 de junio, 151/2009, de 25 de junio, 127/2009, de 26 de mayo, 45/2009, de 19 de febrero, 99/2008, de 24 de julio, 96/2008, de 24 de julio, 95/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, 81/2008, de 17 de julio, 80/2008, de 17 de julio, 76/2008, de 17 de julio
[200] STC 234/1997, de 18 de diciembre.
[201] STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 3.
[202] Derogada por la LO 3/1988, de 25 de mayo y esta a su vez por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[203] STC 199/1987, de 16 de noviembre, FJ 2.
[204] STC 19/1988, de 16 de febrero.
[205] Incisos de la redacción original de la norma dada por la LO 6/1985, de 1 de julio.

injustificada, por no responder a la finalidad de la indemnización, y conducente a resultados desproporcionados. De otro lado, en tanto la referida delimitación del ámbito resarcible obedece a las razones de fondo de la absolución, establece de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obliga a argumentar con base en esas diferencias y deja latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del art. 24.2 CE[206].

3. En relación a la aplicación de la ley por las administraciones, la igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma. Situados ya en este plano de la aplicación, es forzoso operar una segunda distinción para tomar en cuenta la diferente situación en la que al respecto se encuentran los órganos administrativos, de una parte, y los órganos judiciales de la otra. Los que integran el amplio conjunto de las Administraciones públicas, no están vinculados por el precedente, pero sí sujetos al control de los Tribunales, que han de corregir las desviaciones que en la aplicación igual de la Ley se produzcan, no solo en el ejercicio de las potestades regladas, sino también en el ejercicio de la discrecionalidad que las normas frecuentemente conceden a los administradores[207].

4. Y en relación a la actividad del poder judicial, del principio de igualdad se deriva la exigencia absoluta de que todos los órganos judiciales interpreten siempre del mismo modo la Ley, esto es, no ya cada precepto en concreto, aisladamente considerado, sino en su conexión con la CE y todo el resto de nuestro ordenamiento.

Esta exigencia no va referida a la necesidad de no establecer diferencias entre los justiciables, sino a la de asegurar que todos y cada uno de los preceptos que integran nuestro Derecho objetivo son entendidos siempre del mismo modo por todos y cada uno de los múltiples titulares del Poder Judicial. No tiene como objetivo la igualdad ante la Ley, sino la univocidad de los preceptos legales. Que tal univocidad, la homogeneidad en la interpretación, sea un objeto a alcanzar en un Estado de Derecho (art. 1 CE) e incluso una finalidad que el legislador debe perseguir para dar realidad al principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 CE, es, naturalmente, cosa fuera de toda duda. Pero la consecución del objetivo, la obtención de la finalidad han de conseguirse sin mengua de la independencia judicial, que es también un componente esencial de la noción de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado, art. 117.1 CE. Por eso el Juez no está sujeto a instrucciones de los Tribunales Superiores o del TS, que solo a través de los recursos previstos en las leyes procesales pueden corregir, en

[206] STC (Pleno) 85/2019, de 19 de junio, FFJJ 9 (Conexión del examen de constitucionalidad desde el artículo 14 CE y el artículo 24.2 CE), 11 (Interpretación de los incisos cuestionados e incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia), 12 (Incompatibilidad estructural de los incisos cuestionados con el derecho a la presunción de inocencia), 13 (Estimación de la cuestión interna de inconstitucionalidad y efectos).
[207] STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1.

su caso, la interpretación de las leyes que juzguen, también con libertad incorrectas. Cuando a pesar de las instituciones procesales destinadas a evitarlas o corregirlas se producen divergencias interpretativas, éstas no entrañan, sin embargo, en sí mismas, una quiebra del principio de igualdad ante la ley, pues la ley diversamente interpretada por los distintos jueces o incluso por un mismo Juez, en diversos momentos, es aplicada, sin embargo, por igual siempre que en tal aplicación no se tomen en consideración diferencias personales a las que la ley misma no conceda relevancia[208].

La función del TC como Tribunal de amparo no es la misma cuando el derecho fundamental cuya lesión se imputa al órgano judicial, cuando lo que se supone vulnerado es el principio de igualdad consagrado en su art. 14 CE y tal vulneración se dice producida por una diferencia en la interpretación, o cuando es alguno de los comprendidos en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I de la CE (arts. 15 a 29 CE)[209]:

- Arts. 15 a 29 CE: en este caso la competencia del TC implica la facultad de determinar si la interpretación judicial de la Ley es conforme o no con la CE y su decisión, excluyendo interpretaciones constitucionalmente ilegítimas, es vinculante para todos los Jueces y Tribunales como expresamente reconoce el art. 4.1 LOPJ.

- Art. 14 CE: en este caso, y en cuanto ninguna de las interpretaciones divergentes resulte contraria a la CE, el problema que la divergencia plantea, solo puede ser traído ante el TC cuando quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores y, eventualmente posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo. Y la decisión del TC será sólo aplicable al supuesto concreto.

Para que pueda entenderse vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por un órgano judicial se requiere:

- Acreditar la existencia de un término de comparación idóneo, ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la resolución judicial impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria[210]. Por ello es preciso que los supuestos que constituyen el término de comparación sean esencialmente iguales, pues sólo si los casos son

[208] STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 3.
[209] Ibid.
[210] SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 4/1995, de 6 de febrero, FJ 1; 55/1999, de 12 de abril, FJ 2; 62/1999, de 22 de abril, FJ 4; 102/1999, de 31 de mayo, FJ 2;132/2001, de 7 de junio, FJ 2; 238/2001, de 18 de diciembre, FJ 4; y 210/2002, por todas.

iguales entre sí puede efectivamente pretenderse que la solución dada para uno sea igual a la del otro[211].

- Ha de existir alteridad o "referencia a otro" en los supuestos contrastados, excluyente de la comparación consigo mismo[212], e identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada[213].
- Debe constatarse la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado[214], bien lo sea con quiebra de un precedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició[215], y ello, a fin de excluir la arbitrariedad o inadvertencia[216].

2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica

• CEDH - TEDH

La aplicación del art. 14 CEDH por el TEDH se analiza con ocasión del análisis de los derechos sustantivos que dotan de sentido los debates sobre las situaciones comparables del art. 14 CEDH, adelantando que le ha sido reconocido en múltiples ocasiones a las personas jurídicas y que se verá con ocasión del análisis que sigue de esos derechos.

No ha existido a fecha de redacción de estas líneas aplicación del art. 1 del Protocolo 12 en relación a personas jurídicas por parte del TEDH con afectación a procesos penales.

• CDFUE - TJUE

El TJUE ha reconocido y aplicado el principio general de igualdad y los derechos fundamentales recogidos en los arts. 20 y 21 CDFUE en múltiples ocasiones a personas jurídicas[217], sin establecer matiz alguno con respecto a su configuración para las personas físicas.

---

[211] SSTC 102/1999, de 31 de mayo, FJ 3, y 133/2002, de 3 de junio, FJ 6.
[212] SSTC 1/1997, de 13 de enero, FJ 2; 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 162/2001, de 5 de julio, FJ 2; 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 111/2002, de 6 de mayo, FJ 2.
[213] SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 32/1999, de 22 de abril, FJ 4;102/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 122/2001, de 4 de junio, FJ 5, entre otras muchas.
[214] Por todas, SSTC 122/2001, de 4 de junio, FJ 2, y 193/2001, de 1 de octubre, FJ 3.
[215] SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5, y 152/2002, de 15 de julio, FJ 2.
[216] SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 75/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 193/2001, de 14 de febrero, FJ 3; y 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3, por todas.
[217] i.e. SSTJUE VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM), Iveco Orecchia SpA, C-14/17, de 12 de julio de 2018, BB construct s. r. O, C-534/16, de 26 de octubre de 2017, Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG, C-462/16, de 20 de diciembre de 2017, Verband Sozialer Wettbewerb eV, C-422/16, de 14 de junio de 2017, Casertana Costruzioni Srl, C-223/16, de 14

1. Términos de comparación entre personas físicas y personas jurídicas.

Es habitual que la UE regule actividades utilizando como técnica normativa la definición de los sujetos de las normas que desarrolla a través de conceptos autónomos que agrupan a personas físicas y jurídicas (i.e. "operador económico"[218] en la contratación pública, "beneficiario"[219]/"perceptor"[220] en el marco de los presupuestos generales de la unión, "operador de aeronaves"[221] en el ámbito de la aviación civil). En estos casos los posibles tratamientos normativos diferenciados que se efectúen en base a circunstancias diferenciadas referidas a esos conceptos propios, afectan de la misma forma a personas físicas y jurídicas (al quedar ambas agrupadas en el mismo). Al existir ese tratamiento unificado, la declaración de validez de ese tratamiento diferenciado por el TJUE desde la perspectiva del art. 20 y 21 CDFUE posee a su vez efectos (indiferenciados) sobre personas físicas y jurídicas.

2. Términos de comparación entre personas jurídicas.

Para el TJUE es posible determinar diferencias entre personas jurídicas, como la que efectúa el art. 57 de la Directiva 2014/24[222] (equivalente del art. 45 de la Directiva 2004/18[223] derogada por la anterior), como criterios de situaciones de personas jurídicas no comparables en los que es posible la diferenciación (en este

---

de septiembre de 2017, Archus sp. z o.o., C-131/16, de 11 de mayo de 2017, Connexxion Taxi Services BV, C-171/15, de 14 de diciembre de 2016, CRGT Srl, C-27/15, de 2 de junio de 2016, TNS Dimarso NV, C-6/15, de 14 de julio de 2016, MT Højgaard A/S, C-396/14, de 24 de mayo de 2016, Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, de 4 de mayo de 2017.

[218] Art. 2.1.10 Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública: "*una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios*" y Considerando 14: "*Procede aclarar que el concepto de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que incluya a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica que haya escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no «personas jurídicas» en todas las circunstancias*".

[219] Art. 2.5 del Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión: "*una persona física o una entidad con o sin personalidad jurídica con la que se ha celebrado un convenio de subvención*"

[220] Art. 2.53 del Reglamento 2018/1046: "*un beneficiario, un contratista, un experto externo remunerado o una persona física o jurídica que reciba un premio o fondos en el marco de un instrumento financiero o que ejecute fondos de la Unión*".

[221] Art. 3.13 del Reglamento 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea: "*cualquier persona física o jurídica que explota o desea explotar una o más aeronaves*".

222 Sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

223 Sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

caso el trato normativo diferenciado consistente en la obligatoria exclusión[224] o potencial exclusión[225] -a determinar por la normativa nacional-). Así, *"habida cuenta de que el objetivo de la normativa citada es la protección de la integridad del procedimiento de contratación pública, la situación de una empresa licitadora cuyo administrador ha cometido un delito que afecta a la moralidad profesional de esa empresa o una falta profesional grave no se puede considerar comparable a la de una empresa licitadora cuyo administrador no ha sido condenado por tal conducta"*[226].

Estas circunstancias resultan diferenciadoras tanto entre personas físicas entre sí, entre personas jurídicas entre sí y entre personas físicas y jurídicas (apartado anterior), al no diferenciarse ambas en su condición de operador económico [227].

El TJUE también ha considerado como criterio de diferenciación válido el que las empresas cuyos administradores o socios hayan sido administradores o socios de

---

224 "*1.Que dicho operador económico ha sido condenado mediante sentencia firme por uno de los siguientes motivos:*
(i) participación en una organización delictiva,
(ii) corrupción,
(iii) fraude,
(iv) delito de terrorismo o delito ligado a las actividades terroristas,
(v) blanqueo de capitales o financiación del terrorismo,
(vi) trabajo infantil.
Se aplicará también cuando el condenado mediante sentencia firme sea un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del operador económico o tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo".
2. Que dicho operador económico haya incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social.

225 (i) incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X de la Directiva.
(ii) la quiebra, procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si ha celebrado un convenio con sus acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o se encuentra en cualquier situación análoga,
(iii) haya cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad,
(iv) haya llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia,
(v) cuando haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior,
(vi) cuando el haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección.

226 STJUE Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, C-178/16, de 20 de diciembre de 2017 Apartado 51.

227 Art. 2.1.10 Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública: "*una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios*" y Considerando 14: "*Procede aclarar que el concepto de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que incluya a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica que haya escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no «personas jurídicas» en todas las circunstancias*".

otra empresa jurídica que no esté al corriente en el pago de los impuestos en la fecha del cese de sus actividades frente a las que no sean administradas o posean socios en esas circunstancias, a los efectos de poder exigir a las primeras una garantía de pago de IVA de entre 1.000 y 500.000, de acuerdo con la L 222/2004 del Impuesto sobre el Valor Añadido de Eslovaquia[228].

- TC – CE

El TC trató por primera vez la aplicación del principio de igualdad (art. 14 CE) a las personas jurídicas en la STC 23/1989, de 2 de febrero, en la que una persona jurídica quedó excluida de un concurso de concesión de uso privativo de bienes públicos para la instalación de Kioscos de prensa en Las Ramblas (Barcelona) por no ser persona física, únicas de acuerdo con los pliegos que podían participar en el concurso. Y en su sentencia el TC es claro en cuanto a que el art. 14 CE ampara el derecho a la igualdad de las personas jurídicas: "*el derecho a la igualdad ante la ley proclamado en el art. 14 de la Constitución, derecho que el precepto reconoce a los españoles, sin distinguir entre personas físicas y jurídicas. No obsta a ello que el propio art. 14 prohíba expresamente toda discriminación por razón de circunstancias que, como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión, son predicables exclusiva o normalmente de las personas físicas. De un lado, la prohibición de tales discriminaciones concretas no agota el contenido del derecho a la igualdad jurídica, en su sentido positivo, y, de otro, el propio precepto constitucional prohíbe también, mediante una cláusula abierta, la discriminación fundada en otras condiciones personales o sociales, que pueden ser igualmente atributos de las personas jurídicas*"[229].

1. Términos de comparación entre personas físicas y personas jurídicas.

Siendo las situaciones comparables el núcleo de este derecho fundamental, el propio TC se ha encargado de delimitar que "*no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los limites concretos y específicos, y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas*"[230]. "*De este modo, y dejando a un lado las distintas teorías que han tratado de explicar el fundamento de las personas jurídicas, éstas sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los instrumentos o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento"*[231].

De acuerdo con lo anterior, pueden identificarse como situaciones:

[228] STJUE BB construct s. r. O, C-534/16, de 26 de octubre de 2017.
[229] STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 2.
[230] STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3.
[231] STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4.

- Que no existan diferencias entre la persona física y la persona jurídica desde el punto de vista de las características de la actividad a desarrollar y de las normas generales del ordenamiento (como era el caso de la STC 23/1989[232]):

En este supuesto, partiendo de los elementos de diferenciación (el poder o no presentarse al concurso) procedería determinar si resulta o no debidamente fundamentado (objetivo y razonable) el fin perseguido por la actuación administrativa, el criterio utilizado para introducir diferencias y la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas que se deriven de lo anterior.

En el caso de la STC 23/1989, el TC concluye que no existió infracción del art. 14 CE de la persona jurídica porque el elemento de diferenciación (el que las personas jurídicas no pudieran participar en el concurso y las personas físicas sí) respondía a un fin objetivo (facilitar la ocupación laboral en régimen de autonomía), a un criterio objetivo (no subjetivo de la concreta persona jurídica, sino objetivo y común a cualquier persona jurídica[233]) siendo proporcionado[234]. Así, la persona jurídica está fundamentalmente habilitada para disfrutar de igualdad de trato que el otorgado por el ordenamiento o la administración a la persona física salvo que se especifique la finalidad, el criterio objetivo y los efectos proporcionales de la diferencia y del tratamiento diferenciado, lo que resulta especialmente interesante en el terreno del proceso penal.

- Que existan diferencias entre la persona física y la persona jurídica desde el punto de vista de las normas generales del ordenamiento y especiales de aplicación (que no concurra idoneidad del término de comparación).

En este caso, procedería en su caso determinar si resulta o no debidamente fundamentado tanto el fin perseguido por la norma como el criterio utilizado para introducir diferencias concretando si las consecuencias jurídicas que se deriven

---

[232] "*En el presente caso se trata, sin embargo, de una* ***actividad que, por esencia, puede ser desempeñada por cualquiera de ellas, sin que exista norma alguna que reserve a las personas físicas la actividad objeto de las concesiones impugnadas, ni que configure el negocio jurídico correspondiente como una relación obligacional intuitu personae; en consecuencia, desde el punto de vista de las características de la actividad a desarrollar y de las normas generales del ordenamiento, no es posible establecer diferencia alguna entre una y otra clase de personas****. Por ello ha de concluirse que, en relación con el concurso convocado por el Ayuntamiento de Barcelona para la adjudicación de concesiones de uso privativo del dominio público a efectos de la instalación de kioscos de prensa, la sociedad recurrente se hallaba en una situación sustancialmente igual, en cuanto persona jurídica, a la de los demás interesados y que, por lo tanto, resulta adecuado el planteamiento del recurrente al comparar su situación con la de las personas físicas que participaron en el concurso"*, STC 23/1989 de 2 de febrero, FJ 3.

[233] Este criterio es válido mientras no se concrete en alguna de las características objetivas de discriminación proscritas por el art. 14 CE explícitamente o implícitamente consideradas por los Tribunales.

[234] "*Es razonable por constituir dicha finalidad un objetivo lícito dentro de la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en el art. 40.1 de la Constitución, sin que, por otra parte, el modo en que en el presente caso se manifiesta dicha política, es decir, la concesión del uso privativo de bienes de dominio público para la explotación de kioscos de prensa, resulte desproporcionado en relación con el fin perseguido*", STC 23/1989 de 2 de febrero, FJ 5.

de tal distinción son proporcionadas a la finalidad perseguida, cuestiones todas que habrán sin duda sido objeto del proceso legislativo correspondiente.

Este es el caso tratado por la STC 117/1998, de 2 de junio, en la que una persona jurídica solicitó el amparo por vulneración (junto al derecho a la tutela judicial efectiva) del art. 14 CE como consecuencia de la aplicación de las previsiones del art. 2.c de la L 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, que deniega esa asistencia a las entidades mercantiles con ánimo de lucro[235], a diferencia de las personas físicas. El TC concluye en la inexistencia de vulneración del art. 14 CE y para ello y con anterioridad[236] concreta que a las personas jurídicas, a diferencia de las personas físicas, no les es aplicable el contenido indisponible[237] del art. 119 CE[238] y por tanto el legislador puede decidir (como así lo ha hecho) limitar esa gratuidad de la asistencia a las personas jurídicas y utiliza esos mismos criterios y razonamientos de exclusión del reconocimiento del contenido esencial para validar la opción legal que se concretó en la actuación administrativa (en este caso del Colegio de Abogados de Oviedo que denegó la asistencia jurídica gratuita) y la inexistencia de vulneración del art. 14 por tratar la norma de forma diferente supuestos diferentes de forma proporcionada: "*es legítimo que el legislador haya atendido a las distintas realidades que encierran la persona física y la persona jurídica para, en atención a ellas, establecer la diferente regulación por la que ha optado"* FJ 8.

También por la STC 50/2011, de 14 de abril, que trataba la posible inconstitucionalidad de la art. 31.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos[239], que (i) determinaba que: "*no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades o Entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido*", (ii) planteando el Juzgado de Primera instancia 5 de Oviedo si dicha norma podría vulnerar el principio de igualdad de las personas físicas arrendatarias, al no estar contempladas en la norma. El TC resuelve que "*no siempre que se aduce una vulneración del principio de igualdad por el diferente trato otorgado a una persona jurídica en relación con el dispensado a una persona física, o viceversa, puede considerarse que el término de comparación alegado es idóneo, ya que la diferente naturaleza de estos sujetos de Derecho puede determinar que existan situaciones en las que sólo pueda encontrarse uno de ellos*", señalando que las personas físicas no pueden fusionarse, transformarse ni escindirse[240] y que, por lo

[235] Y se la concede a las asociaciones de utilidad pública y a las fundaciones.
[236] STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4.
[237] Aquel que en cualquier caso debe respetar el legislador y que en el caso del 119 CE se concreta en el mandato de que la gratuidad a **quienes** acrediten insuficiencia de recursos.
[238] "La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar".
[239] Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3899-1999, planteada por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo en el Auto de 31 de julio de 1999, sobre el art. 31.4 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964, de 24 de diciembre, según la redacción dada por el art. 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio y la posterior redacción derivada de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, y confirmada por la disposición adicional décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio.
[240] "*Los procesos de "transformación, fusión o escisión", que excluyen en el precepto cuestionado la aplicación del régimen común del traspaso de local de negocio, son operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos*

mismo "*la situación de hecho respecto de la que se aduce un trato desigual no es comparable a la pretendidamente discriminatoria*"[241].

- No existen aún pronunciamientos del TC, pero siendo plenamente aplicables en las materias propias de la Unión los pronunciamientos del TJUE en relación a las normas que contienen conceptos agrupadores de personas físicas y jurídicas que se utilizan para definir situaciones comunes a ambas[242], esta técnica no es extraña tampoco al legislador y poder reglamentario nacional[243], lo que ubica en el primero de los supuestos delimitados sobre la STC 23/1989 (que no existan diferencias entre la persona física y la persona jurídica desde el punto de vista de las características de la actividad a desarrollar y de las normas generales del ordenamiento).

2. Términos de comparación entre personas jurídicas

La propia STC 117/1998, de 2 de junio muestra, aunque tangencialmente, lo que es una realidad jurídica importante a estos efectos: las diferencias entre las propias personas jurídicas y las posibles diferencias de tratamiento normativo y administrativo, sin duda como consecuencia de la existencia de identidades distintas[244]. Así, recoge en su FJ 8 que "*tampoco la diferencia de trato legal entre las*

---

de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines, mediante la realización de "modificaciones estructurales" de la organización que permiten en unos casos la adopción de una nueva forma jurídica (transformación), la integración en una única entidad jurídica de una pluralidad organizaciones preexistentes (fusión), o la división de la entidad jurídica (escisión), conservando al propio tiempo la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes (también la arrendaticia del local de negocio: art. 31.4 LAU/1964 y art. 32.3 LAU/1994) las entidades resultantes de esos procesos. De este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas ligadas a la entidad (personalidad) para poder alcanzar el objetivo pretendido con aquellas modificaciones" STC 50/2011, de 14 de abril, FJ 4.

[241] Ibid.

[242] Que además son de directa aplicación o transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico.

[243] "Operador" en el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto; "viticultor" o "propietario" Real Decreto 772/2017, de 28 de julio, por el que se regula el potencial de producción vitícola; "titular", Real Decreto 656/2017, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Almacenamiento de Productos Químicos y sus Instrucciones Técnicas Complementarias; "Entidad o persona dominante", Circular 1/2017, de 30 de junio, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos; "fabricante", Real Decreto 579/2017, de 9 de junio, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados; "empresa del sector explosivos", Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos; "sujeto de liquidación", Circular 1/2017, de 8 de febrero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que regula la solicitud de información y el procedimiento de liquidación, facturación y pago del régimen retributivo específico de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

[244] Lo que plantea además desde la perspectiva de la configuración del Protocolo 2 del CEDH la importancia de que el mismo no conduzca a obligaciones positivas, lo que desde un principio se apresuró a manifestar el Consejo de Europa ("*Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*") y que sería válido para personas físicas y jurídicas.

personas jurídicas societarias, como la aquí recurrente, y las constituidas para fines de interés general, a que alude el Ministerio Fiscal, encierra lesión alguna del art. 14 C.E., pues posee una evidente justificación, objetiva y razonable, dentro del amplio margen de libertad de configuración del que, como ya se ha señalado, goza el legislador a tenor del art. 119 C.E.".

El tratamiento de estas situaciones no debe diferir, por tanto, del señalado entre las personas físicas y jurídicas, partiendo de la existencia o no de diferencias entre las personas jurídicas desde el punto de vista de las características de la actividad a desarrollar y de las normas generales del ordenamiento[245].

B. Derecho fundamental a la propiedad

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 1 Protocolo 1

El protocolo 1 del CEDH[246] que incorpora en su artículo 1 este derecho fundamental[247], se abrió a la firma de los Estados miembros el 20 de marzo de 1952 y alcanzó su entrada en vigor el 18 de mayo de 1954. España lo firmó el 23 de febrero de 1978, pero no lo ratificó hasta el 27 de noviembre de 1990, formulando una reserva a su artículo primero en virtud de la cual establece que su aplicación ha de efectuarse a la luz del art. 33 CE. Esta reserva, como mínimo en materias de derecho de la Unión, debe entenderse sin contenido de facto, al referir el TJUE al régimen del Protocolo y a la jurisprudencia del TEDH.

1. El concepto autónomo de bienes

De nuevo el TEDH delimita el marco de su protección mediante un concepto autónomo que no está limitado a la propiedad o posesión de bienes físicos y que es independiente de las clasificaciones formales de los ordenamientos nacionales. Además de estos bienes físicos (incluido el dinero[248]), otros derechos e intereses que constituyen activos también pueden ser considerados como derechos derecho de propiedad y, por lo mismo, bienes. Debe concretarse ante cada

[245] Lo que conduce a que son estas diferencias jurídicas de origen y su acomodo con el ordenamiento jurídico axiológico internacional fundamental (principalmente CEDH - TEDH) lo que en realidad constituye el criterio siempre presente que ordena los elementos de análisis.

[246] El Protocolo incorpora (i) en su artículo primero la protección de la propiedad, (ii) en su artículo segundo el derecho a la educación y (iii) en su artículo tercero el derecho a las elecciones del poder legislativo.

[247] "*Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas*".

[248] STEDH (Gran Sala) Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008, apartado 59.

demanda si, en su conjunto, las circunstancias del caso conceden al demandante un interés sustantivo protegido por el art. 1 del protocolo 1[249].

El TEDH parte, con su concepto autónomo, de que el hecho de que un ordenamiento nacional no reconozca un determinado interés como un derecho o como un derecho de propiedad, no impide que ese interés sea considerado por el TEDH como un bien[250]. Desde lo anterior:

- En el caso de activos no físicos, el TEDH considera la posición legal con respecto a los mismos y como la misma de acceso a derechos e intereses financieros, alcanzando de esta forma su valor económico. Es el caso (i.e.) de:
    a. La propiedad intelectual[251], patentes[252], marcas[253], copyrights[254]; derechos de explotación de traducciones de novelas[255], musicales[256];
    b. Acciones de empresas[257]:
    c. Bonos negociables en los mercados financieros[258];
    d. El fondo de comercio / cartera de clientes / clientela[259];
    e. Licencias o permisos administrativos (i.e.) de venta de alcohol[260], de pesca[261], de construcción[262], bancarias[263], de televisión[264];
    f. Derechos (i.e.) de opción de renovación de arrendamientos a largo plazo[265], de compra de un inmueble[266]; usufructo[267];

[249] SSTJUE (Gran Sala) Molla Sali c. Grecia, de 19 de diciembre de 2018, apartados 124 y 125; Depalle c. Francia, de 29 de marzo de 2010, apartado 62; Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartado 63; Öneryıldız c. Turquia, de 30 de noviembre de 2004, apartado 124.
[250] STEDH (Gran Sala) Molla Sali c. Grecia, de 19 de diciembre de 2018, apartado 126.
[251] STEDH (Gran Sala) Anheuser-Busch Inc c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartados 72, 76 y 78.
[252] Decisión TEDH Smith Kline y French Laboratories Ltd c. Paises Bajos, de 4 de octubre de 1990.
[253] STEDH (Gran Sala) Anheuser-Busch Inc c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartado 78.
[254] SSTEDH (Gran Sala) Anheuser-Busch Inc c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartados 72, 76 y 78; Sia Akka/Laa c. Letonia, de 12 de julio de 2016, apartado 41.
[255] STEDH SC Editura Orizonturi SRL c. Rumanía, de 13 de mayo de 2008, apartado 70.
[256] STEDH Sia Akka/Laa c. Letonia, de 12 de julio de 2016, apartado 55.
[257] STEDH Shesti Mai Engineering Ood y otros c. Bulgaria, de 20 de septiembre de 2011, apartado 77.
[258] STEDH Mamatas y otros c. Grecia, de 21 de julio de 2016, apartado 90.
[259] STEDH (Gran Sala) Latridis c. Grecia, de 25 de marzo de 1999, apartado 54.
[260] STJUE Tre Traktörer Aktiebolag c. Suecia, de 7 de julio de 1989, apartado 53.
[261] SSTJUE Alatulkkila y otros c. Finlandia, de 28 de julio de 2005, apartado 66; O´Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irlanda, apartados 89 y 90.
[262] STJUE Pine Valley Developments Ltd y otros c. Irlanda, de 29 de noviembre de 1991, apartados 55 y 56.
[263] SSTEDH megadat.com SRL c. Moldova, de 8 de abril de 2008, apartados 62 y 64; Bimer S.A. c. Moldova, de 10 de julio de 2007, apartado 49; Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. C. Polonia, de 28 de julio de 2005, apartado 49; Capital Bank AD c. Bulgaria, de 24 de noviembre de 2005, apartado 130; Tre Traktörer Aktiebolag c. Suecia, de 7 de julio de 1989, apartado 53.
[264] STEDH (Gran Sala) Centro Europa 7 SRL y Di Stefano c. Italia, de 7 de junio de 2012, apartado 177.
[265] STEDH Strech c. Reino Unido, de 24 de junio de 2003, apartado 35.
[266] STEDH Ceni c. Italia, de 4 de febrero de 2014, apartado 43.
[267] SSTEDH Wittek c. Alemania, de 12 de diciembre de 2002 apartados 43 a 46; Bruncrona c. Finlandia, de 16 de noviembre de 2004, apartado 78; Athanasiou y otros c. Grecia, de 9 de febrero de 2006 apartado 22.

g. Beneficios de la seguridad social[268], desde los esquemas aprobados por cada Estado y siempre que se den las condiciones marcadas para alcanzarlos;
h. Los dominios de internet[269].

- El concepto de bienes no está limitado a los bienes existentes, sino que abarca activos, incluidas reclamaciones, con respecto a las cuales el demandante puede argumentar que posee al menos una expectativa legítima y razonable de alcanzarlos, mediante un efectivo disfrute del derecho de propiedad[270]. Esa legítima expectativa debe estar fundamentada en la aplicación clara de la norma nacional, y no abarca los supuestos en los que esa expectativa se funde en interpretaciones cuestionadas de la normativa nacional[271], debiendo el demandante mostrar en primer lugar la existencia de ese derecho[272].

No incluye por el contrario los ingresos futuros a no ser que ya hayan sido obtenidos o sean definitivamente cobrables[273], ni a los embriones humanos[274].

No se ha pronunciado el TEDH sobre si los secretos comerciales o de empresa pueden ser considerados como bienes, objeto de protección del art. 1 del Protocolo 1.

2. Si el TEDH considera que el art. 1 del Protocolo 1 es aplicable por tratarse conductas asociadas a un bien en el marco del concepto autónomo por él delimitado, se adentra en el análisis de las tres reglas contenidas en el artículo y analiza de forma sucesiva:

1. Si ha existido una perturbación en el pacífico disfrute de los bienes del demandante.
2. Si ha existido, si la misma procede de una privación de la propiedad operada por la ley -*ex lege*-, conforme o no al art.1 Protocolo 1.
3. Si la respuesta es negativa, si la interferencia responde a un control del uso de la propiedad por el Estado, conforme o no al art.1 Protocolo 1.

Si las respuestas a las anteriores preguntas son negativas, el asunto no afecta al principio general del pacifico disfrute de sus bienes.

2.1 Existencia de una perturbación

El TEDH descarta los supuestos en los que la afectación al bien pueda proceder de la actividad de la jurisdicción civil de los Estados, como foro para la resolución

[268] STEDH (Gran Sala) Stec y otros c. Reino Unido, de 6 de julio de 2005, apartados 47 a 56.
[269] Decisión TEDH Paeffgen GMBH c. Alemania, de 18 de septiembre de 2007, apartado 1.
[270] STEDH (Gran Sala) Depalle c. Francia, de 29 de marzo de 2010, apartado 63
[271] STEDH (Gran Sala) Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartado 65.
[272] SSTEDH Pištorová c. República Checa, de 26 de octubre de 2004, apartado 38.
[273] Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartado 64.
[274] STEDH Parrillo c. Italia, de 27 de agosto de 2015, apartado 215.

de las controversia de las disputas entre partes privadas[275], aplicándose el art.1 del Protocolo 1 en relación a esa actividad judicial sólo cuando concurre su arbitrariedad[276], la injustificada privación de la propiedad en favor de otro[277] o en las ejecuciones judiciales a las que se priva de la flexibilidad posible y se alcanza una situación excesivamente onerosa para una de las partes[278]. Fuera de esos supuestos, la actividad judicial de la jurisdicción civil no puede considerarse como una perturbación directa de los Estados en los bienes relevante para el art. 1 del Protocolo 1.

Confirmada la perturbación, el TEDH analizará si la misma se ha efectuado ex lege (segunda frase del primer párrafo del art. 1 del Protocolo 1) o a través del control del uso de la propiedad (segundo párrafo del art. 1 del Protocolo 1). En aquellos casos en los que no resulta sencillo clasificar la perturbación en una u otra categoría (sobre todo en casos en los que concurren varias medidas[279]), el TEDH acude directamente al criterio de análisis de la primera frase del párrafo 1 del art. 1 del Protocolo 1.

2.2.1 Privaciones de bienes previstas *ex lege* (segunda frase del primer párrafo del art. 1 del Protocolo 1)

Esta categoría de análisis acumula los supuestos en los que se produce la privación de la propiedad del bien. Y el análisis del TEDH se desarrolla (de acuerdo con la segunda frase del primer párrafo del art. 1 del Protocolo 1), sobre:

a. La legalidad de la privación.

Cualquier perturbación de los derechos protegidos por el art. 1 del Protocolo 1 debe ser acorde con la legalidad[280], o, en caso contrario, supondrá una vulneración del art. 1 del Protocolo 1. Este concepto incluye:

(i) Que exista una previsión legal, acorde con la Constitución del Estado.
(ii) Que la previsión legal (ley y/o jurisprudencia[281]) posea una determinada calidad, de forma:
    a. Que sea compatible con el estado de derecho[282] y provea garantías frente a la arbitrariedad[283].

[275] STEDH (Gran Sala) Gustafsson c. Suecia, de 15 de abril de 1996, apartado 60.
[276] STEDH (Gran Sala) Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartado 83.
[277] STEDH Vulakh y otros c. Rusiia, de 10 de enero de 2012, apartado 44.
[278] STEDH Milhau c. Francia, de 10 de julio de 2014, apartados 48 a 53.
[279] STEDH Matos e Silva Lda, de 19 de septiembre de 1996, apartado 85.
[280] STEDH (Gran Sala) Vistiņš y Perepjolkins c. Letonia, de 25 de octubre de 2012, apartado 95.
[281] STEDH Spacek S.r.o. c República Checa, de 9 de noviembre de 1999, apartado 54.
[282] SSTEDH (Gran Sala) Latridis c. Grecia, de 25 de marzo de 1999, apartado 58; (Gran Sala) Rey de Grecia y otros c. Grecia, de 23 de noviembre de 2000, apartado 79; (Gran Sala) Broniowski c. Polonia, de 22 de junio de 2004, apartado 147.
[283] STEDH (Gran Sala) Vistiņš y Perepjolkins c. Letonia, de 25 de octubre de 2012, apartado 99; (Gran Sala) Béláné Nagy, de 13 de diciembre de 2016, apartado 112.

b. Que la norma en cuestión sea suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación[284]. Acudir en este punto y en relación a estos conceptos al contenido del apartado del principio de legalidad. En estos supuestos, si admite el TEDH la aplicación retroactiva de la norma siempre que la misma no haya sido dictada con el propósito de influir en un asunto individual[285].

b. La utilidad o interés público de la privación.

Cualquier privación de la propiedad sólo está justificada en caso de servir a un interés o utilidad pública[286], por lo que la norma deberá atender a alguno de esos intereses. Como norma, el TEDH respeta la valoración del poder legislativo estatal sobre lo que el considere interés público al dictar la norma que afecte a la propiedad, salvo que no posea una fundamentación razonable[287]. Y por ello, el concepto de interés público es un concepto extenso. El TEDH ha considerado como abarcados por el interés público (i.e):

- La eliminación de injusticia social en el sector de la vivienda[288] y la regulación del sector de la vivienda[289];
- La nacionalización de determinadas industrias[290];
- Los planes de desarrollo de las ciudades y territorios[291];
- La prevención de la evasión fiscal[292]:
- Medidas para restringir el consumo de alcohol[293];
- El funcionamiento de la administración de justicia[294];
- La protección del medio ambiente[295];
- La conservación de la herencia cultural[296];
- **Luchar contra el crimen organizado[297].**

Si se está ante una privación de la propiedad conforme a una previsión legal que cumpla con la calidad determinada por el TEDH y que responda a un interés público, no existirá vulneración del art. 1 Protocolo 1 si se respeta la proporcionalidad (ver líneas posteriores).

[284] STEDH Guiso-Gallisay c. Italia, de 8 de diciembre de 2005, apartados 83 y 83.
[285] STEDH Saliba c. Malta, de 8 de noviembre de 2005, apartado 40.
[286] STEDH (Gran Sala) Béláné Nagy, de 13 de diciembre de 2016, apartado 113.
[287] STEDH (Gran Sala) Béláné Nagy, de 13 de diciembre de 2016, apartado 113.
[288] STEDH James y otros c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1996, apartado 45.
[289] STEDH (Gran Sala) Hutten-Czapska c. Polonia, de 19 de junio de 2006, apartado 178.
[290] STEDH Lithgow y otros c. Reino Unido, de 8 de julio de 1986, apartados 9 y 109.
[291] STEDH Sporrong y Lönnroth c. Suecia, de 23 de septiembre de 1982, apartado 69.
[292] STEDH Hentrich c. Francia, de 22 de septiembre de 1994, apartado 39.
[293] STEDH Tre Traktörer Aktiebolag c. Suecia, de 7 de julio de 1989, apartado 62.
[294] STEDH Konstantin Stefanov c. Bulgaria, de 27 de octubre de 2015, apartado 64.
[295] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 295.
[296] STEDH (Gran Sala) Beyeler c. Italia, de 5 de enero de 2000, apartado 107.
[297] STEDH Denisova y Moiseyeva c. Rusia, de 1 de abril de 2010, apartado 58; Philips c. Reino Unido, de 5 de julio de 2001, apartado 52.

2.2.2 Control del uso de la propiedad de acuerdo con el interés general (segundo párrafo del art. 1 del Protocolo 1)

Esta categoría acumula diversas situaciones en las que no se produce la privación de la propiedad (ni expropiaciones de facto ni transferencia de la propiedad) pero que afectan a los bienes como:

- Revocación o cambio de licencias afectando al giro de los negocios[298].
- Limitaciones a los titulares de inmuebles en el alquiler de los mismos[299].
- No ejecución de órdenes judiciales de desahucio[300].
- Pérdida de derechos propios de los terrenos, como la obligación de tolerar la caza en los mismos[301].
- Negativa de registro del bien -siendo necesario para su disfrute-, como un coche[302], sin negar la posesión o propiedad.
- Imposición de obligaciones positivas al titular del bien, como la reforestación con 2.500 pinos suecos por hectárea[303].

Pese a que normalmente implican la privación de la propiedad, el TEDH también analiza desde el control del uso de la propiedad el embargo y decomiso de bienes (desde luego mientras resulten una medida cautelar), entendiendo:

(i) Que la ejecución de los mismos responde a la aplicación de normativas que regulan el control de la propiedad, como en el caso de la prohibición de la importación de monedas de oro en el Reino Unido, y el decomiso de las monedas importadas en contra de esa normativa[304], o el decomiso de aeronaves previsto en normas para evitar el tráfico de drogas al Reino Unido[305].
(ii) Que en determinadas ocasiones el embargo y decomiso no supone la transferencia de la propiedad al estado hasta que se trate de una decisión irrevocable y mientras esta no se produzca[306].

El decomiso de bienes fruto de actividades delictivas como mecanismo de combate contra el enriquecimiento ilegal de los efectos del delito ("*the crime does not pay*" [307]), incluye adquisiciones ilegales de activos, adquisiciones en las que no se prueba el origen legal de los activos, o que hayan sido instrumentos del delito

[298] SSTEDH Tre Traktörer Aktiebolag c. Sucia, de 7 de julio de 1989, apartado 55; Rosenzweig y Bonded Warehouses Ltd. c. Polonia, de 28 de julio de 2005, apartado 49.
[299] SSTEDH (Gran Sala) Hutten-Czapska c. Polonia, de 19 de junio de 2006, apartado 160; Mellacher y otros c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, apartado 44;
[300] STEDH (Gran Sala) Inmmobiliare Saffi c. Italia, de 28 de julio de 1999, apartado 46.
[301] STEDH (Gran Sala) Chassagnou y otros c. Francia, de 29 de abril de 1999, apartado 74; (Gran Sala) Herrmann c. Alemania, de 26 de junio de 2012, apartado 72.
[302] SSTEDH Yaroslavtsev c. Rusia, de 2 de diciembre de 2004, apartado 32; Sildedzis c. Polonia, de 24 de mayo de 2005, apartado 45.
[303] Decisión TEDH Denev c. Suecia, de 18 de enero de 1989, apartado 1.
[304] STEDH Agosi c. Reino Unido, de 24 de octubre de 1986, apartado 51.
[305] STEDH Air Canada c. Reino Unido, de 5 de mayo de 1995, apartado 34.
[306] STEDH Raimondo c. Italia, de 22 de febrero de 1984, apartado 29.
[307] STEDH Denisova y Moiseyeva c. Rusia, de 1 de abril de 2010, apartado 58; Philips c. Reino Unido, de 5 de julio de 2001, apartado 52.

y siendo ampliable a terceros, como los miembros de la familia del autor del delito, que puedan poseer y administrar los bienes[308]. El decomiso puede desarrollarse en los propios procesos penales en los que se dicta la sentencia condenatoria[309], aplicándose las garantías procesales propias del proceso penal (ver apartado IV); o en procedimientos autónomos al procedimiento penal[310].

En referencia a estos últimos, el TEDH señala que no poseen como objetivo la condena o absolución de ninguna persona, sino la conexión de los bienes con la actividad delictiva y, por tanto, son operaciones análogas a la determinación de la cuantía de una multa o del periodo de prisión procedente a partir de una condena previa, por lo que no le son de aplicación las garantías recogidas en el art. 6.2 CEDH[311] En estos casos rigen una serie de garantías procesales complementarias a las de los procedimientos civiles (que han de regir siempre los procesos de privación de propiedad), partiendo del necesario respeto siempre a la naturaleza contradictoria[312]:

- El uso de presunciones está permitido, siempre que se dé al titular o poseedor del bien la oportunidad de rebatir las presunciones, es compatible con la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) y con el art. 1 del Protocolo 1. Sin embargo, los mismos resultan vulnerados en caso de que se proceda al decomiso a pesar de que el dueño de los bienes haya sido absuelto en el procedimiento penal[313];
- Se debe convocar al titular de los bienes al proceso (vulnerando el CEDH cuando no se le haya ni convocado[314]);
- Estar defendido por un abogado de su confianza[315];
- Darle la oportunidad de aportar pruebas[316];
- En general, que el demandante haya tenido una oportunidad de poner en valor sus argumentos ante los tribunales nacionales[317].

De nuevo el control del TEDH abarca (a.) la legalidad de la medida de control y (b.) el interés público del control.

2.3 Análisis final: proporcionalidad y otros aspectos (primera frase del primer párrafo del art. 1 del Protocolo 1).

[308] STEDH Raimondo c. Italia, de 22 de febrero de 1994, apartado 30; Saccoccia c. Austria, de 18 de diciembre de 2008, apartado 88.
[309] STEDH Phillips c. Reino Unido, de 5 de julio de 2001, apartado 51; Welch c. Reino Unido, de 9 de febrero de 1995., apartado 26.
[310] STEDH Silickiene c. Lituania, de 10 de abril de 2012, apartado 62; Decisión TEDH Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002.
[311] Decisión Van Offeren c. Paises Bajos, de 5 de julio de 2005.
[312] Decisión TEDH Yildirim c. Italia, de 10 de abril de 2003.
[313] STEDH Geerings c. Paises Bajos, de 1 de marzo de 2007, apartados 43 a 51.
[314] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 272.
[315] Decisión TEDH Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002.
[316] Decisión TEDH Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002.
[317] SSTEDH Zaghini c. San Marino, de 11 de mayo de 2023, apartado 69; Ünsped Paket Servisi San. Ve Tic. a.ş. c. Vulgaria, de 13 de octubre de 2015, apartado 57; Veits c. Estonia, de 15 de enero de 2015, apartados 72 y 74; Jokela c. Finlandia, de 21 de mayo de 2002, apartado 45.

Además de lo anterior, la perturbación de la propiedad (privación o control de uso) debe a su vez ser el resultado de un equilibrio justo entre el interés general de la comunidad y el derecho fundamental del individuo afectado[318]. Este juicio de proporcionalidad es alcanzado por el TEDH en base al análisis de diversos factores como:

- **Aspectos procesales:** el afectado en su derecho debe tener acceso a las autoridades para poder cuestionar y oponerse a la medida, por ilegal, arbitraria o irrazonable[319], incluyendo el plazo razonable de esos procesos[320].
- **Elección de las medidas:** debe considerarse la posibilidad abstracta de alcanzar el mismo objetivo con perturbaciones menores en el derecho del titular, y si las autoridades han considerado las mismas[321].
- **Circunstancias materiales específicas:** como por ejemplo los efectos de una expropiación parcial sobre los bienes remanentes y su posible pérdida de valor -como en el caso de posterior construcción de carreteras-[322] o criterios de determinación del valor de mercado en la aplicación de impuestos[323].
- **Circunstancias subjetivas del demandante:** tanto en relación a su especial capacidad[324] como por su vulnerabilidad[325].
- **La compensación recibida:** la privación de la propiedad sin un pago de una cuantía razonable supone normalmente una perturbación desproporcionada, siendo sólo en excepcionales circunstancias aceptable, como no vulnerador del art. 1 del Protocolo 1, la total falta de compensación[326]. Lo que sea razonable dependerá de las circunstancias del caso, y el TEDH se limita a revisar aquellos supuestos en los que los términos de la compensación se ubiquen fuera del amplio margen del que disponen los Estados[327], siendo un referente de valor el de mercado en el momento de la expropiación[328].

3. El ejercicio efectivo del derecho protegido por el art. 1 del Protocolo 1 no sólo depende de la inexistencia de injerencias por parte del Estado, y puede requerir actuaciones (obligaciones) positivas[329], incluyendo (i) el efecto horizontal, garantizando la puesta a disposición de la víctima de perturbaciones

[318] SSTEDH Sporrong y Lönnroth c. Suecia, de 23 de septiembre de 1982, apartado 69; (Gran Sala) Beyeler c. Italia, de 5 de enero de 2000, apartado 107.
[319] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 302; STEDH Katona y Závarský C. Slovakia, de 9 de febrero de 2023, apartados 61 a 63.
[320] STEDH Luordo c. Italia, de 17 de julio de 2003, apartado 70.
[321] STEDH OAO Neftyanaya Kompania Yukos c. Rusia, de 20 de septiembre de 2011, apartados 651 a 654.
[322] SSTEDH Azas c. Grecia, de 19 de septiembre de 2002, apartados 51 a 53; Ouzounoglou c. Grecia, de 24 de noviembre de 2005, apartado 30.
[323] STEDH, apartaos 61 a 65.
[324] STEDH The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society c. Reino Unido, de 23 de octubre de 1997, apartado 109.
[325] STEDH Pyrantiené c. Lituania, de 12 de noviembre de 2013, apartado 62.
[326] STEDH The Holy Monasteries c. Grecia, de 9 de diciembre de 1994, apartado 70.
[327] STEDH James y otros c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1986, apartado 54.
[328] STEDH (Gran Sala) Vistiņš y Perepjolkins c. Letonia, de 25 de octubre de 2012, apartado 111; (Gran Sala) Guiso-Gallisay c. Italia, de 22 de diciembre de 2009, apartado 100.
[329] STEDH (Gran Sala) Öneryildiz c. Turquía, de 30 de noviembre de 2004, apartado 134.

protagonizadas por particulares de remedios efectivos[330], (ii) y la ejecución efectiva de los pronunciamientos judiciales[331], sin grandes retrasos[332].

4. A los efectos de la aplicación de las previsiones penales del art. 6 CEDH (garantías) y 7 CEDH (legalidad de los delitos y de las penas), han sido consideradas penas por el TEDH (i) la medida contenida en una sentencia consistente en la demolición de una vivienda construida sin las autorizaciones administrativas, pero tolerada por la administración durante treinta años[333], en relación al art. 6 CEDH, y (ii) el decomiso por desarrollos urbanísticos ilegales[334], en relación al art. 7 CEDH.

5. El TEDH también ha reconocido la vulneración del art. 14 CEDH en relación al art. 1 del Protocolo 1, por la imposición de condiciones discriminatorias[335] o tratamientos diferenciados no justificados[336].

- CDFUE – TJUE: art. 17 CDFUE

La CDFUE incorpora en su art. 17[337] el derecho a la propiedad, que se corresponde, de acuerdo con las explicaciones sobre la CDFUE con el artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH, tratándose de un derecho fundamental común a todas las constituciones nacionales consagrado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del TJUE. La redacción se ha modernizado, y conforme al apartado 3 del artículo 52 CDFUE, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH[338], no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último. Se hace una referencia explícita en el apartado 2 a la protección de la propiedad intelectual, que es uno de los aspectos del derecho de propiedad, debido a su creciente importancia y al derecho comunitario derivado. La propiedad intelectual abarca, además de la propiedad literaria y artística, en especial el derecho de patentes y marcas y los derechos conexos y las garantías

[330] STEDH (Gran Sala) Kotov c. Rusia, de 3 de abril de 2012, apartado 113.
[331] STEDH Fuklev c. Ucrania, de 7 de junio de 2005, apartado 91.
[332] STEDH (Gran Sala) Immobiliaire Saffi c. Italia, de 28 de julio de 1999, apartado 63.
[333] STEDH Hamer c. Bélgica, de 27 de noviembre de 2007, apartado 60.
[334] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros de 28 de junio de 2018, apartados 212 a 234.
[335] STEDH Zeibek c. Grecia, de 9 de julio de 2009, apartados 45 y 46.
[336] En testamentarías referidas a hijos externos al matrimonio, STEDH (Gran Sala), de 7 de febrero de 2013, apartados 51 a 55.
[337] "*1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.*
2. Se protege la propiedad intelectual".
[338] Llegando el TJUE a afirmar en relación a este derecho que de invocarse una violación de la CDFUE en este punto, únicamente puede probarse la existencia de un error de Derecho en el control efectuado por el TJUE si se demuestra que éste no dio al derecho de propiedad el mismo sentido y alcance que le confiere el CEDH, STJUE Schindler Holding Ltd y otros, C-501/11 P, de 18 de julio de 2013, apartado 128.

establecidas en el apartado 1 se aplican de manera adecuada a la propiedad intelectual[339].

Para el TJUE el derecho de propiedad está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario de conformidad con las concepciones comunes a las Constituciones de los Estados miembros, reflejadas igualmente en el Primer Protocolo adicional al CEDH[340] y ahora en el art. 17 CDFUE[341].

1. El concepto de bienes

Por lo que respecta a los requisitos materiales establecidos en el art. 17.1 CDFUE, de la jurisprudencia del TJUE se desprende, en primer lugar, que la protección que confiere esta disposición tiene por objeto derechos que tengan un valor patrimonial de los que derive, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico de que se trate, una posición jurídica adquirida que permita un ejercicio autónomo de tales derechos y en beneficio de su titular[342]. A su vez, procede declarar que el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 17 CDFUE, se extiende conforme al apartado 2, a la propiedad intelectual[343], como los derechos de autor[344].

Los derechos derivados del pago de cotizaciones a un régimen de seguridad social constituyen derechos patrimoniales a efectos de este artículo, si bien no puede interpretarse en el sentido de que confiere el derecho a una pensión de un determinado importe[345]. Por el contrario no recae sobre meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de las actividades económicas. Con referencias expresas al TEDH, señala el TJUE que el ingreso futuro sólo puede considerarse un «bien» que pueda gozar de la protección de dicho artículo si ya ha sido obtenido, si es objeto de un crédito cierto o si existen circunstancias específicas que puedan fundamentar una confianza legítima en el interesado de obtener un valor patrimonial[346]. Ningún operador económico puede reivindicar un derecho de propiedad sobre una cuota de mercado que ostentaba en un momento anterior al establecimiento de una organización común de mercado, puesto que dicha cuota de mercado únicamente representa una posición económica momentánea expuesta a los imprevistos de un cambio de circunstancias[347]. Ni tampoco puede invocar un derecho adquirido,

[339] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[340] STJUE Liselotte Hauer, 44/79, de 13 de diciembre de 1979, apartado 17.
[341] STGUE Khaled Kaddour, T-461/16, de 31 de mayo de 2018, apartado 131.
[342] SSTJUE Sky Österreich, C-283/11, de 22 de enero de 2013, apartado 34; Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Comisión, C-398/13 P, y de 3 de septiembre de 2015, apartado 60; (Gran Sala), Hungría, C-235/17, de 21 de mayo de 2019, apartado 69.
[343] STJUE Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG, C-220/17, de 30 de enero de 2019, apartado 92.
[344] STJUE (Gran Sala) Productores de Música de España (Promusicae), C-275/06, de 29 de enero de 2008, apartado 62.
[345] STJUE Eugenia Florescu, C-258/14, de 3 de junio de 2017, apartado 50.
[346] STJUE, Inuit Tapiriit Kanatami, C-398/13 P, apartados 60 y 61.
[347] SSTJUE Alemania/Consejo, C-280/93, de 5 de octubre de 1994, apartado 79; Alemania/Consejo, C-122/95, de 10 de marzo de 1998, apartado 77; (Gran Sala) Alliance for Natural Health, C-154/04 y C-155/04, de 12 de julio de 2005, apartado 128.

ni siquiera una confianza legítima en el mantenimiento de una situación existente, que puede verse modificada por decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias en el marco de su facultad de apreciación[348].

2. Posibles injerencias en la propiedad de los bienes[349]

Desde esos parámetros, la propiedad reconocida no es una prerrogativa absoluta, sino que deben tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad, y puede experimentar dos posibles formas de ataque, la privación del derecho o su restricción de uso[350].

Con respecto a ambas formas de ataque, el TJUE de nuevo remite íntegramente al contenido del Protocolo 1 del CEDH y a los desarrollos del TEDH. Con respecto a los objetivos de interés general de la UE, el TJUE ha señalado (i.e.) la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE (antiguos 81 TCE y 82 TCE) y con ellos un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior[351], la protección del medio ambiente[352], la economía agrícola[353], la organización común del mercado de los animales y de los productos de la acuicultura[354], la Salud Pública[355], disuadir a la República Federal de Yugoslavia de continuar violando la integridad y seguridad de la Republica de Bosnia-Herzegovina y la de inducir a los serbios de Bosnia a cooperar en el restablecimiento de la paz en esa República[356], la protección de la población civil en Siria[357], promover el respeto de los derechos fundamentales y proteger así los principios de la moral pública frente al régimen militar de Myanmar[358], impedir la proliferación nuclear y ejercer así presión sobre la República Islámica de Irán a fin de que esta ponga fin a las actividades de que

[348] SSTJUE (Gran Sala) Alliance for Natural Health, C-154/04 y C-155/04, de 12 de julio de 2005, apartado 128; (Gran Sala) Swedish Match AB, de 14 de diciembre de 2004, apartado 73.
[349] El TJUE no ha considerado afectantes al derecho de propiedad integrado en el art. 17 CDFUE la obligación de reintegro de una ayuda indebidamente pagada a raíz de la inobservancia de un requisito para conceder la subvención no puede equipararse a una vulneración del derecho a la propiedad, reconocido en el art. 17 CDFUE, STJUE ZS «Ezernieki», C-273/15, de 26 de mayo de 2016, apartado 47.
[350] STJUE Liselotte Hauer, 44/79, de 13 de diciembre de 1979, apartado 19.
[351] STGUE Schindler Holding Ltd, T-138/07, de 13 de julio de 2011, apartado 190.
[352] SSTJUE ADBHU, 240/83, de 7 de febrero de 1985, apartado 13; Comisión/Dinamarca, 302/86, de 20 de septiembre de 1988, apartado 8; Outokumpu, C-213/96, y de 2 de abril de 1998, apartado 32; Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, C-379/08 y C-380/08, de 9 de marzo de 2010, apartado 81; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte C-530/11, 13 de febrero de 2014, apartado 70.
[353] STJUE Liselotte Hauer, 44/79, de 13 de diciembre de 1979, apartado 20, con limitación de plantación de vid en terrenos.
[354] STJUE Booker Aquaculture Ltd y otros, C-20/00 y C-64/00, de 10 de julio de 2003, apartados 71 y 78, por la obligación de destrucción y de sacrificio inmediatos de para combatir las enfermedades no acompañadas de una indemnización a favor de los propietarios afectados.
[355] STJUE The Queen, C-293/97, de 29 de abril de 1999, apartado 56.
[356] STJUE , por el apresamiento de aeronaves propiedad de personas jurídicas de Yugoslavia.
[357] SSTGUE Khaled Kaddour, T-461/16, de 31 de mayo de 2018, apartado 133; Mohamad Hamcho, T-153/15, de 26 de octubre de2016, apartado 121.
[358] STGUE Pye Phyo Tay Za, T-181/08, de 19 de mayo de 2010, apartado 161, en relación al bloqueo de todos los fondos y recursos económicos de los miembros del Gobierno de Myanmar y de las personas asociadas con ellos.

se trata, y que este objetivo, que forma parte del marco más general de los esfuerzos ligados al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales[359], la protección de la integridad territorial, soberanía e independencia de Ucrania y el promover una solución pacífica de la crisis del país, que se enmarcan en el objetivo, más amplio, de salvaguardar la paz y seguridad internacionales, de conformidad con los objetivos de la acción exterior de la Unión establecidos en el artículo 21 TUE[360], garantizar la estabilidad del sistema bancario en la zona del euro y del riesgo inminente de pérdidas financieras al que habrían estado expuestos los depositantes de dos bancos afectados en caso de quiebra de estos últimos[361], la lucha por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas que los actos de terrorismo suponen para la paz y la seguridad internacionales, la congelación de fondos, activos financieros y otros recursos económicos de las personas que el Consejo de Seguridad o el Comité de Sanciones consideran asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes[362].

2.1 Privaciones definitivas de la propiedad (frase segunda del apartado primero del art. 17 CDFUE)

Con respecto a las privaciones de la propiedad, una interpretación conjunta de los artículos 17, apartado 1, y 52, apartado 1, de la Carta lleva a considerar, por una parte, que cuando se invoca una causa de utilidad pública para justificar una privación de propiedad, ha de velarse por el respeto del principio de proporcionalidad al que hace referencia el art. 52.1 CDFUE atendiendo a dicha causa y a los objetivos de interés general que abarca. Por otra parte, esta interpretación implica que, de no existir utilidad pública adecuada para justificar una privación de propiedad o, si se acreditara la existencia de tal causa, pero no concurrieran los requisitos establecidos en el art 17, apartado 1, segunda frase CEDH, se violaría el derecho de propiedad garantizado por dicha disposición[363].

En lo relativo al principio de proporcionalidad del art. 52.1 CDFUE, procede recordar que, en cuanto principio general del Derecho de la Unión, este principio exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos por la normativa de que se trate. Así pues, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos gravosa y las desventajas

[359] SSTJUE Islamic Republic of Iran Shipping Lines y otros, C-225/17 P, de 31 de enero de 2019, apartado 104; National Iranian Tanker Company, C-600/16 P, de 29 de noviembre de 2018, apartado 84.
[360] STJUE (Gran Sala) PJSC Rosneft Oil Company, C-72/15, de 28 de marzo de 2017, apartado 150.
[361] STJUE (Gran Sala), Ledra Advertising Ltd, C-8/15 P a C-10/15 P, de 20 de septiembre de 2016, apartado 74.
[362] STJUE (Gran Sala) Yassin Abdullah Kadi, C-402/05 P y C-415/05 P, de 3 de septiembre de 2008, apartado 363.
[363] STJUE (Gran Sala), Hungría, C-235/17, de 21 de mayo de 2019, apartado 89.

ocasionadas no deben ser desmesuradas en comparación con los objetivos perseguidos[364].

Según el propio tenor de esa frase, la privación de propiedad solo puede tener lugar «en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida», por lo que la indemnización, que de este modo constituye uno de los requisitos a los que la Carta supedita tal privación, debe estar establecida por la ley. De ello se deduce que una legislación nacional que establece una privación de propiedad debe disponer, de manera clara y precisa, que la referida privación da derecho a una indemnización, así como las condiciones de esta[365].

Podría originar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad un acto normativo comunitario cuya aplicación condujera a restricciones del derecho de propiedad y del libre ejercicio de una actividad profesional, las cuales puedan causar una lesión desmesurada e intolerable de la propia esencia de dichos derechos, precisamente sin haber previsto, en su caso, una indemnización apropiada para evitar o mitigar dicha lesión[366].

2.2 Restricciones de uso de la propiedad (frase tercera del apartado primero del art. 17 CDFUE)

En lo que atañe al artículo 17 CDFUE, de la jurisprudencia consolidada del TJUE se desprende que el derecho de propiedad garantizado por ese artículo no tiene carácter absoluto y que su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión[367], limitando dichas restricciones a lo «necesario» de acuerdo con objetivos de interés general, en este caso el perseguido por la Unión Europea[368] y siempre que no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado[369]. Con respecto a las restricciones de uso de la propiedad[370], la congelación de fondos constituye una

---

[364] SGJUE Gazprom Neft PAO, T-735/14 y T-799/14, de 13 de septiembre de 2018, apartado 167.

[365] "*Pues bien, es preciso señalar que la normativa impugnada no contiene ninguna disposición que establezca la indemnización de los titulares de derechos de usufructo desposeídos y que regule las condiciones de la misma*", STJUE (Gran Sala), Hungría, C-235/17, de 21 de mayo de 2019, apartado 126.

[366] STJUE (Gran Sala) Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), C-120/06 P y C-121/06 P, de 9 de septiembre de 2008, apartado 184.

[367] Por todas STJUE (Gran Sala), Eugenia Florescu, C-258/14, de 13 de junio de 2017, apartado 51.

[368] STJUE Liselotte Hauer, 44/79, de 13 de diciembre de 1979, apartados 19 y 30.

[369] SSTJUE, Schräder HS Kraftfutter, 265/87, de 11 de julio de 1989, apartado 15; Standley y otros, C-293/97, de 29 de abril de 1999, apartado 54;, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 P y C-415/05 P, y de 3 de septiembre de 2008, apartado 355; Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, C-379/08 y C-380/08, de 9 de marzo de 2010, apartado 80; (Gran Sala) Bank Melli Iran, C-548/09 P, de 16 de noviembre de 2011, apartado 114.

[370] El TGUE ha considerado que una medida cautelar consistente en el bloqueo de los activos del titular constituye una restricción de uso a estos efectos, STGUE Pye Phyo Tay Za, T-181/08, de 9 de mayo de 2010, apartado 157.

medida cautelar que no pretende privar de su propiedad a dichas personas, pero tal medida supone indudablemente una restricción al ejercicio del derecho de propiedad restricción que puede calificarse de considerable[371].

2.3 Proporcionalidad y límites de las privaciones de propiedad

Resulta relevante tener en cuenta las consideraciones del TJUE a la hora de analizar la proporcionalidad de las sanciones pecuniarias como medidas relacionadas con los supuestos de privación de la propiedad (consideraciones que además son perfectamente extensibles a la proporcionalidad en las restricciones al uso de la propiedad en la adopción de medidas cautelares), en materia de competencia. Así, señala el TJUE que:

- El límite del 10 % pretende, en particular, proteger a las empresas de multas de un importe excesivo que pudieran destruir su sustancia económica[372].
- Si bien es cierto que el pago de la multa afecta al valor patrimonial de la sociedad que la adeuda, no puede considerarse que las multas impuestas [a Schindler Holding y a sus filiales] hayan agotado la totalidad del valor de dichas sociedades. El conjunto de las multas impuestas a las sociedades del grupo Schindler en la Decisión impugnada no alcanza el límite del 10 % del volumen de negocios consolidado de Schindler Holding durante el ejercicio social anterior a la fecha de la Decisión impugnada. Pues bien, el límite del 10 % previsto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 pretende, en particular, proteger a las empresas de multas de un nivel excesivo que pudieran destruir su sustancia económica[373].
- La determinación de las contribuciones respectivas de sociedades pertenecientes al mismo grupo, solidariamente obligadas al pago de una misma multa, incumbe a estas últimas. Por tanto, la Decisión impugnada no afecta necesariamente al valor de las inversiones que Schindler Holding posee en sus filiales[374].
- Sólo si se demostrase que las filiales nacionales no constituyen [conjuntamente con Schindler Holding], una empresa, en el sentido de entidad económica responsable de las infracciones sancionadas, las multas impuestas en el caso de autos podrían vulnerar el derecho de propiedad. Tales multas serían, en cualquier caso ilegales[375].

[371] STJUE (Gran Sala) Yassin Abdullah Kadi, C-402/05 P y C-415/05 P, de 3 de septiembre de 2008, apartado 358.
[372] STGUE Tokai Carbon y otros/Comisión, T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03, de 15 de junio de, apartado 389.
[373] SSTGUE Schindler Holding Ltd, T-138/07, de 13 de julio de 2011, apartado 193..
[374] STGUE Schindler Holding Ltd, T-138/07, de 13 de julio de 2011, apartado 194.
[375] "*Dado que infringirían el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003. Ahora bien, de los apartados 63 a 91 supra se desprende que la Comisión imputó acertadamente a Schindler Holding las infracciones de las filiales nacionales de que se trata*", STGUE Schindler Holding Ltd, T-138/07, de 13 de julio de 2011, apartado 195.

- CE – TC: art. 33 CE

La CE incorpora en los tres apartados del art. 33[376] el derecho a la propiedad, apartados que no pueden ser artificiosamente separados y que revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación[377]. La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes[378]. Como es lógico, esta delimitación no se opera ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras Leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada[379].

El derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo al art. 53 CE, del recurso constitucional de amparo, por lo que éste no podría servir como instrumento para proteger al ciudadano frente a, por ejemplo, expropiaciones que no respetaran las garantías del art. 33.3 CE. Ello no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 CE confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando

---

[376] "*1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes".

[377] SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2.

[378] "*Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito*", STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2.

[379] STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8.

a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías[380]. Es patente que el alcance del derecho de propiedad o de la función social de la misma (art. 33 CE) no es un objeto posible de discusión en el proceso de amparo constitucional, conforme resulta del art. 53.2 CE y del art. 41.1 de la LOTC[381, 382], siempre a salvo de la revisión del respeto al contenido esencial de cada derecho dominical, de las garantías de la institución expropiatoria y de las cuestiones competenciales entre el Estado y las autonomías (art. 149 CE).

1. El concepto de bienes

La progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae[383]. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses -o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad- establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad[384].

Es obvio, por otra parte, que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie

[380] STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4.
[381] STC 194/1991, de 17 de octubre, FJ 4.
[382] "*Bien es cierto que en la demanda de amparo no se invoca el art. 33 CE, sino que se fundamenta la violación denunciada en el art. 1 del Protocolo núm. 1 adicional al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, esta circunstancia no altera la premisa de partida - la no inclusión del derecho de propiedad entre los derechos susceptibles de amparo constitucional-, pues, aunque el contenido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 14 a 30 CE deban interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 CE, esa función hermenéutica no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Así no cabe duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales, a que se refiere el art. 10.2, una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional [STC 64/1991, FJ 4 a)], así como un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de la infracción denunciada, (STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2)"*, STC 38/2011, de 28 de marzo, FJ 2.
[383] STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2.
[384] Ibid. FJ 9.

la indemnización correspondiente[385]. Contenido esencial del derecho, debe entenderse como recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable[386].

Esa obligación de respeto al contenido esencial vincula tanto el legislador estatal como el autonómico[387].

2. Posibles perturbaciones a la propiedad de los bienes

Definidos los derechos por el/los legislador/es correspondiente/s, es posible establecer una privación definitiva o restricciones a los mismos.

2.1 Privaciones definitivas del derecho de propiedad

La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales[388].

Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los «bienes y derechos» individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público[389].

El art. 33.3 CE ha dotado a la institución expropiatoria de unas garantías con un valor y sustantividad propias, que se refieren a la necesidad de existencia de una causa de utilidad pública o interés social[390], de una contraprestación

[385] STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11.
[386] SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b; 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4; 294/2004, de 18 de noviembre, FJ 5.
[387] STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.
[388] STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13.
[389] STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11.
[390] "*La causa expropiandi que, como primer requisito, como fin legitimador, debe proporcionar el soporte justificativo de cualquier medida de expropiación forzosa. Su definición es en efecto una exigencia inexcusable, derivada del carácter medial de la expropiación como instrumento al servicio de fines públicos sustantivos cuya procura material corresponde a la Administración (STC 37/1987, de 26 de*

económica[391], y a que procedimentalmente se realice de conformidad con las leyes[392]. En otras palabras, el efecto traslativo dispuesto por la ley expropiatoria no puede producirse válidamente, desde un punto de vista constitucional, sin que exista una causa expropriandi, sin la correspondiente indemnización a favor de los expropiados y sin seguir un procedimiento expropiatorio, que, sin embargo, puede contener las especialidades procedimentales con respecto al procedimiento general que sean necesarias para hacer frente a la situación excepcional en cuyo contexto fáctico se dicte la ley expropiatoria singular[393]. Además, el derecho de propiedad privada sacrificado por la expropiación goza, al igual que todos los derechos e intereses legítimos, de la cobertura de la tutela judicial establecida en el art. 24.1 CE. Por ello se hace inexcusable determinar en qué medida inciden en este derecho fundamental las leyes expropiatorias y cuáles son las consecuencias constitucionales que se derivan de esa incidencia[394].

La posición de igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales (conectados en este caso al derecho de propiedad regulado en el art. 33 CE) resulta asegurada por las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental que han de ser establecidas en exclusiva por la legislación del Estado[395], sin que dichas garantías deban ser satisfechas, en los casos en que las Comunidades Autónomas disponen de competencias normativas y de ejecución en las materias sustantivas, mediante la exigencia de la normativa estatal a través de órganos de igual composición[396].

Por ello si se excluyen o disminuyen en forma sustancial las garantías de conformidad con lo dispuesto en las leyes, causa justificada e indemnización, se rompería el equilibrio característico del instrumento expropiatorio, situándolo no sólo al margen de la ley (vía de hecho), sino extramuros de la Constitución, lo cual

---

marzo, FJ 6). Hasta tal punto es así que "el derecho de propiedad garantizado por el art. 33 del texto constitucional es, desde la vertiente individual, un derecho subjetivo que, como ya se ha dicho en la STC 111/1983, fundamento jurídico 8, y reiterado en la STC 37/1987, fundamento jurídico 2, 'cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación', apareciendo así esa conversión directamente conectada y supeditada al fin mismo de utilidad pública que la justifica" (STC 6/1991, de 15 de enero, FJ 7)", STC 45/2018, de 26 de abril, FJ 4.

391 El art. 33.3 CE garantiza una indemnización que guarde un proporcional equilibrio con el valor económico del bien expropiado, aun cuando éste no es necesariamente el valor que el mercado está dispuesto a pagar por él, STC 218/2015, de 22 de octubre.

392 STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4.

393 "*La "naturaleza excepcional y singular" inherente a las leyes singulares de expropiación "no autoriza al legislador a prescindir de la garantía del procedimiento expropiatorio establecido en las leyes generales de expropiación, al cual deben igualmente someterse; pero ello no es obstáculo para que la propia singularidad del supuesto de hecho que legitima la expropiación legislativa autorice al legislador para introducir en el procedimiento general las modificaciones que exija dicha singularidad excepcional, siempre que se inserten como especialidades razonables que no dispensan de la observancia de las demás normas de los procedimientos contenidos en la legislación general*", STC 166/1986, FJ 13 c).

394 SSTC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4; 45/2018, de 26 de abril, FJ 4.

395 STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 4, con remisión a las SSTC 37/1987, de 26 de marzo, y 186/1993, de 7 de junio.

396 SSTC 251/2006, de 25 de julio, FJ 11; 313/2006, de 8 de noviembre, FJ 4; 314/2006, de 8 de noviembre, FJ 4.

permitiría la entrada en acción de los mecanismos de protección diseñados en la propia CE y desarrollados por la LOTC[397].

2.2 Restricciones al derecho de propiedad

Desde la ratificación por España del Protocolo 1 del CEDH el 27 de noviembre de 1990, el TC[398] ha incorporado bajo el supuesto de las restricciones del derecho de propiedad del segundo párrafo del art. 1 del Protocolo 1 CEDH su doctrina de la delimitación de los derechos de propiedad, pudiendo el legislador en atención a la función social que cumple la propiedad, delimitar su contenido (art. 33.2 CE) definiendo los derechos y deberes que ésta comprende en cada caso —régimen estatutario del derecho de propiedad—[399].

2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica

- CEDH – TEDH

La propia redacción del art. 1 del protocolo 1 menciona expresamente a las personas jurídicas como sujetos titulares del derecho al respeto de sus bienes, **siendo todo lo señalado para la persona física plenamente aplicable a la persona jurídica.**

- CDFUE – TJUE

La continua y expresa referencia del TJUE al Protocolo 1 y a su interpretación por el TEDH hacen que, de nuevo en este ámbito, **no existan diferencias entre las personas físicas y las jurídicas para el TJUE.**

Las medidas restrictivas como la inmovilización de todos los fondos y recursos económicos que sean pertenencia, sean propiedad, estén en poder o estén bajo el control de personas jurídicas, entidades u organismos que apoyen, material o financieramente, acciones que menoscaben o amenacen la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, constituyen medidas cautelares, que no pueden considerarse destinadas a privar de su propiedad, del derecho al respeto de su vida privada o de su libertad de empresa a las personas afectadas. Sin embargo, las medidas controvertidas suponen indudablemente una restricción del ejercicio del derecho de propiedad y afectan a la vida privada y a la libertad de empresa del demandante, por lo que se son de aplicación las previsiones del art. 52.1 CDFUE[400].

[397] STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4.
[398] Desde la STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 20.
[399] STC 218/2015, de 22 de octubre, FJ 3.
[400] STGUE Arkady Romanovich Rotenberg, T-720/14, de 30 de noviembre de 2016, apartado 167.

- CE – TC

No platea diferencias el TC entre las personas físicas y jurídicas.

C. Libertad de empresa

1. Delimitación

- CEDH – TEDH

El derecho a la libertad de empresa no se encuentra reconocido por el CEDH y, por lo mismo, no existe una jurisprudencia que lo refiera y desarrolle específicamente en los términos generales expuestos.

Sin embargo, a través de la protección de la propiedad, el TEDH si se ha referido y considerado injerencias en la propiedad las limitaciones a la libertad económica:

- Impuestas a empresas mediante medidas legislativas que suponen una reducción de los beneficios (en este caso prohibición de uso de vallas publicitarias en carreteras)[401] y, por lo mismo, una reducción del valor del capital de sus acciones que afecta no solo los intereses de los accionistas, sino también el valor empresarial de la compañía:
  - Las acciones en una compañía cotizada tienen un valor económico y, por lo tanto, deben considerarse como "posesiones" en el sentido del Artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Convención
  - Los propios activos con los que se explotaba la actividad que dejan de ser útiles por prohibirse la misma también son bienes físicos que deben considerarse como "posesiones" en el sentido del Artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Convención.

  El TEDH considera que esas empresas disponían de una expectativa legítima de poder continuar con su negocio, y la medida adoptada, aunque precisa, se puede considerar impredecible o inesperable[402], y que la medida no fue compensada de ninguna forma con medidas compensatorias[403].

- Impuestas a empresas mediante medidas legislativas que suponen una reducción de su clientela o eliminación mediante una medida legislativa que transformó la distribución de libros de texto escolares para los colegios públicos en un mercado regulado proveído por una única empresa pública[404].

En sentido contrario, no lo consideró en el caso de un decreto municipal que en implementación de la legislación nacional impidió a una persona física y a una

[401] STEDH Annon Plakát Kft y otros c. Hungría, de 6 de diciembre de 2022, apartado 44.
[402] Ibid. apartado 54.
[403] Ibid. apartado 55.
[404] STEDH Könyv-tár Kft y otros c. Hungría, de 16 de octubre de 2018, apartado 59.

empresa el desarrollo de servicios funerarios, al no existir una expectativa legítima para poder seguir desarrollando la actividad[405].

Y, a su vez, esas posibles limitaciones a la actividad son en ocasiones analizadas desde la vertiente del control del uso de la propiedad de acuerdo con el interés general (segundo párrafo del art. 1 del Protocolo 1), denegando infracción de la propiedad en Pinnacle Meat Processors Company y otros c. Reino Unido[406]; Ian Edgar (Liverpool) Ltd y otros c. Reino Unido[407]; and Tipp 24 AG c. Alemania[408], Tre Traktörer c. Suecia[409].

- CDFUE – TJUE: art. 16 CDFUE

La libertad de empresa se encuentra consagrado en el art. 16 CDFUE[410] y, de acuerdo con las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, se basa en la jurisprudencia del TJUE por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil y la libertad contractual, así como en los apartados 1 y 3 del art. 119 TFUE, que reconoce la libre competencia, siendo un derecho que podrá someterse a las limitaciones previstas en el art. 52.1 CDFUE[411].

Habida cuenta del tenor del art. 16 CDFUE, que se diferencia del de las demás libertades fundamentales consagradas en el título II de la propia Carta y se asemeja al de determinadas disposiciones del título IV de la misma, la libertad de empresa puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general[412]. Así, si bien es cierto que la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta y debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad, no lo es menos que, de conformidad con el art. 52.1 CDFUE, su limitación deberá ser establecida por la ley, respetar el contenido esencial de esa libertad y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, ser necesaria y responder efectivamente a objetivos de interés general

[405] STEDH Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. c. Slovenia, de 30 de noviembre de 2010, apartados 62 y 63.
[406] Decision de 21 de octubre de 1998, los solicitantes estaban involucrados en el negocio de deshuesar cabezas de ganado, y la pérdida de negocio resultó de las restricciones impuestas sobre el uso de material bovino.
407 Decision de 25 de enero de 2000, en la que el Tribunal considera que siendo el negocio del solicitante la distribución de armas de fuego y resultando la pérdida de negocio de una prohibición de posesión de pistolas, la misma constituye un "control de uso" en lugar de una "privación de bienes".
408 Decisión de 27 de noviembre de 2012, en la que el Tribunal concluye que el tratado estatal, al prohibir la intermediación de juegos de azar en Internet, interfirió en los bienes de la empresa solicitante, constituyendo un "control de uso".
409 STEDH de 7 de julio de 1989, el Tribunal evaluó la pérdida de un negocio de restaurante como consecuencia de la retirada de una licencia de licores.
[410] "*Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*".
[411] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[412] STJUE (Gran Sala) AGET Iraklis, C-201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 86.

reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás[413]. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos, siempre y cuando las restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados[414]. Puede acudirse a lo señalado en el análisis de los pronunciamientos del TJUE en relación a los objetivos de interés general considerados adecuados para limitar el derecho de propiedad.

De acuerdo con esa jurisprudencia del TJUE, la libertad de empresa implica:

1. La Libertad para ejercer una actividad económica o mercantil[415]:

Respecto a la medida que consiste en cerrar completamente la conexión a Internet con el fin de remediar una infracción limitada del derecho de autor sin contemplar la adopción de medidas menos coercitivas de dicha libertad, su aplicación supondría una vulneración sustancial de la libertad de empresa de la persona que, aunque sea con carácter accesorio, ejerce una actividad económica que consiste en facilitar acceso a Internet, al prohibirle totalmente, de hecho, continuar esa actividad[416].

2. La libertad de establecimiento[417]:

El art. 16 CDFUE dispone que «se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Así, para determinar el alcance de la libertad de empresa, este artículo de la Carta se remite especialmente al Derecho de la Unión. Esta remisión debe entenderse en el sentido de que el art. 16 CDFUE remite, en particular, al art 49 TFUE[418], que garantiza el ejercicio de la libertad fundamental de establecimiento[419]. Así, una

---

[413] STJUE Sky Österreich, C-283/11, de 22 de enero de 2013, apartados 45 a 48; STGUE Groupe Canal + S, T-873/16, de 12 de diciembre de 2018, apartado 87.
[414] SSTJUE Consejo/Manufacturing Support & Procurement Kala Naft, C-348/12 P, sentencia de 28 de noviembre de 2013, apartados 121 y 122; National Iranian Tanker Company, C-600/16 P, de 29 de noviembre de 2018, apartado 83.
[415]STJUE (Gran Sala) AGET Iraklis, C-201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 67; STJUE Polkomtel sp. z o.o., C-277/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 50.
[416] STJUE Sony Music Entertainment Germany GmbH, C-484/14, de 15 de septiembre de 2016, apartado 88.
[417] STJUE Susanne Sokoll-Seebacher, C-367/12, de 13 de febrero de 2014, apartado 22.
[418] "*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así* ***como la constitución y gestión de empresas*** *y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales".*
[419] STJUE Susanne Sokoll-Seebacher, C-367/12, de 13 de febrero de 2014, apartados 20 a 23.

limitación a la libertad de establecimiento constituye una limitación al ejercicio de la libertad de empresa[420].

3. La Libertad contractual[421].

Ad extra, el derecho de los operadores económicos a configurar sus relaciones en función de su voluntad tal y como esta se expresa en los acuerdos que celebren forma parte de la libertad contractual. Esta libertad, que incluye la posibilidad de elegir libremente clientes y proveedores y determinar el contenido de un acuerdo, está garantizada por el artículo 16 CEDH, que consagra la libertad de empresa[422].

Ad intra, el establecimiento de un régimen de regulación de los despidos colectivos como el controvertido en el litigio principal constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan en principio las empresas, en especial frente a los trabajadores a los que emplean, ya que consta que, en virtud de dicho régimen, la oposición de la autoridad nacional a determinados proyectos de despido colectivo puede llevar a impedir que el empresario los lleve a cabo[423]. El deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes. El hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática[424].

4. La Libre competencia[425].

El artículo 16 CEDH no se opone a que una Autoridad Nacional de Reglamentación de Servicios de comunicaciones electrónicas pueda exigir a un operador que tiene un peso significativo en un determinado mercado actualizar anualmente sus tarifas y someterlas a un control periódico[426].

5. El derecho a la libertad de empresa incluye en particular el derecho de toda empresa a poder disponer libremente, dentro de los límites de la responsabilidad

[420] STJUE (Gran Sala) AGET Iraklis, C-201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartados 65 y 66.
[421]STJUE (Gran Sala) AGET Iraklis, C-201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 67; STJUE Polkomtel sp. z o.o., C-277/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 50.
[422] SSTJUE Sky Österreich, C-283/11, de 22 de enero de 2013, apartados 42 y 43, JK y TP S.A., C-356/21, de 12 de enero de 2023, apartado 74; STGUE Groupe Canal + S, T-873/16, de 12 de diciembre de 2018, apartado 86.
[423] STJUE (Gran Sala) AGET Iraklis, C-201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 69.
[424] STJUE (Gran Sala) Samira Achbita, C-157/15, de 14 de marzo de 2017, apartados 38 y 40.
[425]SSTJUE (Gran Sala) AGET Iraklis, C-201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 67; Polkomtel sp. z o.o., C-277/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 50.
[426] STJUE Polkomtel sp. z o.o., C-277/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 54.

que asume por sus propios actos, de los recursos económicos, técnicos y financieros de que dispone[427].

- CE – TC: Art. 38 CE

La libertad de empresa se integra en el art. 38 CE[428], precepto en muy directa conexión con los arts. 128 y 131 CE y conforme a los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites, como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución está asegurado en ésta por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución). No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por el TC al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación[429].

La libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE:

- No puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa[430].
- No es un derecho absoluto e incondicionado, y, por lo tanto, su vigencia no resulta comprometida por el hecho de que existan limitaciones a su ejercicio derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado, porque del art. 38 CE no puede derivarse sin más el derecho a acometer cualquier empresa o a ejercerla sin traba ni limitación de ningún tipo, sino solo el derecho de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden, o lo que es lo mismo, a ejercer esa actividad con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general[431].

---

[427] SSTJUE UPC Telekabel Wien, C-314/12, de 27 de marzo de 2014, apartado 49; Lidl GmbH & Co. KG, C-134/15, de 30 de junio de 2016, apartado 27. Así, por ejemplo, la obligación de etiquetado puede limitar el ejercicio de la mencionada libertad de empresa, dado que esa obligación hace gravitar sobre su destinatario una obligación que restringe la libre utilización de los recursos que tiene a su disposición, puesto que le fuerza a adoptar medidas que pueden suponer un coste para él y tener un impacto en la organización de sus actividades SSTJUE UPC Telekabel Wien, C-314/12, de 27 de marzo de 2014, apartado 50; Lidl GmbH & Co. KG, C-134/15, de 30 de junio de 2016, apartado 29..

[428] "*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*".

[429] STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.

[430] STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 5.

[431] STC 7/2023, de 21 de febrero, FJ 6.

No hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta y las limitaciones que a la libertad de elección de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales, sólo indirectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantes de contenido esencial alguno[432]. No cuesta admitir que sería incompatible con tal garantía constitucional la genérica y absoluta exclusión legal de tal libertad empresarial -movida por la búsqueda del beneficio- en todo un determinado ámbito de la actividad económica, de no venir dada tal exclusión por lo dispuesto en el segundo inciso del art. 128.2 CE o en atención a la previa caracterización como ilícito del tráfico o actividad en cuestión[433].

Los límites que el art. 38 CE impone a la configuración legislativa de este tipo de condiciones por parte del Estado, las comunidades autónomas y los entes locales son que (i) las condiciones que se establezcan deben ajustarse a un canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo (ii) sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica[434].

De acuerdo con el TC, la libertad de empresa abarca:

1. La libre competencia.

La defensa de la competencia a través del control sobre las concentraciones económicas empresariales constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE[435]. El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta (art. 38 CE, inciso segundo) por parte de los poderes públicos, supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste. La defensa de la competencia, en un aspecto normativo comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la

[432] STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3.
[433] STC 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2 b).
[434] SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7; 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6; 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4, y 89/2017, de 4 de julio, FJ 14.
[435] STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 5.

represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, siendo su objetivo la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia[436].

2. La Libertad de actuación, entendida como el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial.

El derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1[437] CE no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el art. 38 CE se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1 ó 38 CE. Esto no significa que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los arts. 35.1 y 38 CE, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley[438].

Si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial 'en libertad', ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado[439], lo que comprende la "libertad de inversión"[440]. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general[441].

El art. 38 CE no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y

[436] STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4; 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6.
[437] "*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*".
[438] STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3.
[439] SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b; 112/2006, de 5 de abril, FJ 8.
[440] SSTC 112/2006, de 5 de abril, FJ 4; 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3.
[441] SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b; 112/2006, de 5 de abril, FJ 8.

esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 CE[442].

La libertad de empresa no ampara entre sus contenidos -ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes- un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio[443].

La transmisibilidad de la empresa (autorización de apertura de farmacia) es una concreción de la libertad de Empresa[444].

3. La Libertad de elección de la empresa de su propio mercado-

Cabe que la unidad de mercado se resienta a consecuencia de una actuación autonómica que, en ejercicio de competencias propias, obstaculice el tráfico de industrias. Así habrá de suceder cuando se provoque una modificación sustancial, geográfica o sectorial, del régimen de traslado en o para determinadas zonas del territorio nacional, se generen barreras financieras en torno a alguna de ellas o se desvirtúen artificialmente con el concurso de factores externos al mercado, la igualdad de medios y posibilidades de desplazamiento de las industrias que concurren en el mismo espacio económico. Y ello no sólo a través de medidas coactivas que directamente impongan trabas injustificadas a la circulación de industrias o a su desarrollo en condiciones básicas de igualdad, sino también mediante medidas de naturaleza graciable y acogimiento voluntario como ayudas, subvenciones u otro tipo de auxilios, que, en el marco de la actual Administración prestacional, adquieren, junto a su tradicional configuración como medios de fomento, promoción y protección empresarial, una innegable virtualidad de instrumentos de intervención económica, de los que puede llegar a hacerse un uso incompatible con las exigencias del mercado único, por propiciar, en mayor o menor grado, la disociación en ciertas zonas o sectores de reglas económicas que han de permanecer uniformes[445].

4. La Libertad contractual

La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente

[442] STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b).
[443] STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4 e).
[444] SSTC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8; 96/2013, de 23 de abril, FJ 7.
[445] STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 4.

los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)[446]. Ello no significa, claro es, que la invocación de los derechos fundamentales y la libertades públicas pueda servir para justificar la imposición de modificaciones de la relación contractual, la ruptura del marco normativo y contractual de la misma o el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador[447].

Como poder empresarial, la facultad de despido se enmarca dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y su regulación ha de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho[448]. Entre tales facultades, y dentro de su ya comentada libertad de configuración, el legislador ha optado, como regla general, por admitir en las relaciones laborales la posibilidad de pactar un período de prueba, durante cuyo transcurso, cualquiera de las partes —incluido el empresario— puede proceder a la resolución contractual. De este modo, la admisión normativa de dicha estipulación se configura como una excepción al carácter causal que el ordenamiento legal, también como regla general, exige a las extinciones contractuales a iniciativa empresarial[449].

La negociación colectiva contribuye decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, como instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo que justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componente, limitando incluso algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos. Pero ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 C.E., y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al

[446] STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2.
[447] STC 126/1990, de 5 de julio, FJ 4.
[448] STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4.
[449] STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3.

desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes. La capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone sobre la voluntad unilateral del empleador impide que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero sólo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales[450].

La actuación administrativa viene legitimada por las disposiciones del art. 38 C.E., que no sólo reconoce la libertad de empresa (y el inherente poder de dirección empresarial) sino que también encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad. El que la Administración se pronuncie, en casos de probadas razones técnicas, organizativas y productivas, sobre la adopción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se inscribe sin dificultad dentro de esa previsión constitucional, cuando otra solución se ha revelado impracticable, al no aceptar la representación de los trabajadores las modificaciones acordadas por la empresa[451].

La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Por ello, la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional. Llegados a este punto, se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos - libertad de información y libertad de empresa- no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del supuesto concreto[452].

---

[450] STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4.
[451] STC 92/1992, de 11 de junio, FJ 3.
[452] STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 7. Señala la resolución en su FJ 8 que "*en el presente supuesto, una interpretación circunstanciada del suceso enjuiciado permite considerar que, dadas las condiciones concurrentes, el grave perjuicio que para el normal desarrollo de la actividad empresarial supusieron las declaraciones del Sr. Libossart no se encuentra justificado por el ejercicio de su derecho a la libertad de información. De este modo, ni por el medio y reiteración empleados (cuya innecesaria notoriedad es patente), ni por la finalidad que con la emisión de tales informaciones se pretendía (subsanación de las deficiencias observadas) puede considerarse adecuada la actuación del demandante de amparo*".

5. La libre circulación de bienes por el territorio nacional[453].

En la llamada «constitución económica», como conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, resalta la importancia que, especialmente en Estados como el nuestro de estructura territorial compuesta, adquiere la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, como proyección concreta del más general principio de unidad que el art. 2 CE. La efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez, sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1[454], 149.1.1.º), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone[455].

No toda medida que incida en la libre circulación de bienes -y personas- por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 C.E., sino que únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada[456].

5. El derecho a desarrollar una actividad empresarial en condiciones de igualdad.

Es, indudablemente, una manifestación de la libertad de empresa, se impone, como ha declarado el TC, ante cada ordenamiento, estatal o autonómico, individualmente considerado[457] y no es posible considerar que del referido derecho se deriva la exigencia de que las concretas condiciones de ejercicio de la actividad económica tengan que ser las mismas en todo el territorio nacional. Corresponde, no obstante, a los órganos centrales del Estado la eventual decisión de fijar aquellas condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales a través, en su caso, del efectivo ejercicio de la competencia que le reconoce el artículo 149.1.1 CE[458].

La vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas

[453] STC 52/1988, de 24 de marzo, apartado 4.

[454] El art. 139.1 CE no determina una monolítica uniformidad del ordenamiento que reclame la plena identidad de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional, y también se ha dicho que la declaración de una determinada actividad como servicio público no resulta incompatible con el derecho amparado por la libertad de empresa, STC 17/1990, de 7 de febrero, FJ 17.

[455] STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3.

[456] STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2.

[457] SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7; 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6.

[458] STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 15.

que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado[459]. No siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor[460]. Las reglas estatales o autonómicas (y locales[461]) que ordenan la economía de mercado deben, por tanto, ser conformes con la doble garantía constitucionalmente establecida del derecho fundamental a la libertad de empresa: la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un contenido esencial, un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer[462]. Se respetará el contenido esencial de la libertad de empresa siempre que (a) se dicte dentro del ámbito competencial respectivo, (b) persiga un fin legítimo y (c) resulte proporcionada al objeto que se orienta[463]. Su intensidad no podrá llegar al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica, pudiendo el TC controlar que la medida restrictiva no conlleva una limitación del derecho a la libertad de empresa de tal entidad que pueda determinar un impedimento práctico de su ejercicio[464]. El derecho fundamental a la libertad de empresa se ejerce, por tanto, dentro de un marco general configurado por las reglas establecidas por el legislador[465].

2. *Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica*

• CEDH – TEDH

El derecho a la libertad de empresa no se encuentra reconocido por el CEDH, ni para personas físicas ni para personas jurídicas, con las salvedades vistas de la potencial protección de la clientela y la libertad de empresa a través de la protección de la propiedad.

• CDFUE – TJUE

No existen diferencias entre las personas físicas y las jurídicas para el TJUE.

• CE – TC

No existen diferencias entre las personas físicas y las jurídicas para el TC.

[459] STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 d).
[460] STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 8.
[461] STC 7/2018, de 25 de enero, FJ 7 a).
[462] SSTC 53/2014, de 10 de abril. FJ 7; 89/2017, de 4 de julio, FJ 14.
[463] STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 8.
[464] STC 7/2018, de 25 de enero, FJ 7 a).
[465] STC 103/2018, de 4 de octubre, FJ 8.

D. Derecho fundamental al respeto de la vida privada

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 8

Integrado en el art. 8 CEDH[466], el TEDH ha señalado reiteradamente que el concepto de vida privada es un concepto autónomo[467], amplio y no susceptible de una definición exhaustiva[468], que abarca la integridad física y psicológica de la persona[469], el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos[470], aspectos de la identidad física y social de la persona[471], y el derecho al desarrollo personal y a la libre determinación de la personalidad[472]. Además, la noción de vida privada no abarca sólo el círculo íntimo en el que el individuo puede vivir su vida personal eligiendo y excluyendo el mundo exterior, sino que incluye el derecho a aproximarse a otros y desarrollar relaciones con ellos y con el mundo exterior, esto es, el derecho a una vida privada social[473], incluyendo actividades profesionales o de naturaleza empresarial[474] y actividades que tengan lugar en contextos públicos[475]. Así, hay una zona de interacción de una persona con otras personas, incluso en contextos públicos, que también quedan abarcados por el alcance de la vida privada[476]. Los procedimientos penales siempre poseen consecuencias para la vida privada de los investigados, siendo compatibles con el art. 8 CEDH si no exceden de las normales e inevitables consecuencias de esa situación[477].

En ese amplio marco de protección, que incluye prohibiciones y obligaciones positivas para los Estados, pueden identificarse:

---

[466] "*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".
[467] STEDH (Gran Sala) Chiragov y otros c. Armenia, de 16 de junio de 2015, apartado 206.
[468] STEDH (Gran Sala) S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, apartado 66.
[469] STEDH X e Y c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1985, apartado 22.
[470] STEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartado 29.
[471] STEDH Mikulić c. Croacia, de 7 de febrero de 2002, apartado 29.
[472] STEDH Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002, apartado 61.
[473] STEDH Bărbulescu c. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, apartado
[474] STEDH (Gran Sala) Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia, de 27 de junio de 2017, apartado 130; STEDH (Gran Sala) Fernández Martínez c. España, de 12 de junio de 2014, apartado 110; STEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartado 29.
[475] STEDH (Gran Sala) Hannover c. Alemania (No. 2), de 7 de febrero de 2002, apartado 95.
[476] Ibid.
[477] STEDH Jankauskas c. Lituania (No. 2), de 27 de junio de 2017, apartado 76.

1.1 Situaciones afectantes a la integridad física, psicológica y moral.

Incluye, en su mayoría, supuestos de obligaciones positivas de los Estados ante situaciones de vulnerabilidad como en el caso de víctimas de violencia doméstica (y la necesidad de persecución de las agresiones y la protección de las víctimas), cuestiones relacionadas con los derechos reproductivos (prohibición del aborto, decisión de convertirse o no convertirse en padre, condiciones del parto, cuestiones asociadas a la fecundación -directa o subrogada-, esterilización, destino de los embriones), con la enfermedad mental, con el cuidado de la salud y su tratamiento, con el fin de la vida (como la decisión de la forma de la propia muerte), con la discapacidad (accesibilidad), con el entierro, y con las condiciones medioambientales del individuo (polución, ruido), vida y orientación sexual o restricciones de acceso a las profesiones.

Se incluyen en este contexto los tratamientos y procesos médicos forzados que en relación a los procedimientos penales afecta a la obtención de sangre o saliva en contra de la voluntad del sospechoso, lo que constituye un procedimiento médico forzado que, aunque sea de menor importancia, supone una injerencia en su derecho de privacidad[478].

1.2 Situaciones afectantes a la privacidad/Intimidad.

El art. 8 CEDH abarca los aspectos relacionados con la identidad personal e incluye el derecho de vivir de forma privada, apartado de una atención no querida[479], y abarca esa intimidad general y :

(i) Datos

El art. 8 CEDH abarca el almacenamiento de datos relacionados con la vida privada[480]. En relación a los datos que puedan acumularse de uno mismo, también incorpora el derecho a la autodeterminación informativa, permitiendo a los individuos extender su derecho a la privacidad en relación a los datos que, aunque de forma neutral, son recopilados, procesados y distribuidos en formas que pueden afectar a los derechos contenidos en el art. 8 CEDH[481]. Así, la mera acumulación de datos relacionados con la vida privada por los poderes públicos supone una injerencia en los términos del art. 8 CEDH[482], con independencia de su posterior uso o no[483]. Y el hecho de que la información se encuentre bajo el dominio público no hace que se elimine la protección del art. 8 CEDH[484]. Son especialmente sensibles los datos relacionados con la propia salud, debiendo los

[478] STEDH (Gran Sala) Jalloh c,. Alemania, de 11 de julio de 2006, apartado 70.
[479] STEDH Smirnova c. Rusia, de 24 de julio de 2003, apartado 95.
[480] STEDH (Gran Sala) Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000, apartado 65.
[481] STEDH (Gran Sala) Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia, de 27 de junio de 2017, apartado 137.
[482] STEDH Leander c. Suecia, de 26 de marzo de 1987, apartado 48.
[483] STEDH (Gran Sala) Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000, apartado 69.
[484] STEDH (Gran Sala) Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia, de 27 de junio de 2017, apartado 134.

Estados adoptar las garantías necesarias para prevenir su comunicación[485] . Y se incluyen, en relación a los procedimientos penales, los antecedentes penales[486] las huellas dactilares, los perfiles de ADN, muestras celulares[487], frotis bucal[488]. La revelación pública en una nota de prensa de información privada y financiera de una persona investigada en un proceso penal y obtenida en la investigación por el Fiscal del asunto supone una injerencia en el art. 8 CEDH[489].

En relación al tratamiento automatizado de datos personales, el 28 de enero de 1981 se aprobó y abrió a firma el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmado por España el 28 de enero de 1982, ratificado el 31 de enero de 1984 y con entrada en vigor el 1 de octubre de 1985. El convenio incorpora una serie de reglas a implementar por los Estados, partiendo de la definición de dato personal, como cualquier información relacionada con una persona identificada o identificable (art. 2.a) y su aplicación al sector privado y al público (art. 3.1), previendo la posible extensión de la aplicación (cuando así lo manifiesten los estados en su firma, ratificación, aceptación, aprobación o acceso o en cualquier momento posterior) a información relacionada con grupos de personas, fundaciones, empresas, corporaciones o cualquier otra entidad compuesta directa o indirectamente por personas, con independencia de si los mismos poseen o no personalidad jurídica (art. 3.2.b). En concreto, el Convenio determina que la calidad de los datos (art. 5) implica:

a. Que deben ser obtenidos y procesados de forma justa y de acuerdo con la ley.
b. Que deben ser almacenados para específicos y legítimos fines, sin que puedan ser usados de forma incompatible con los mismos.
c. Que deben ser almacenados de forma adecuada, relevante y no excesiva en relación con los fines con los que son almacenados.
d. Que deben ser precisos y, cuando corresponda, ser actualizados.
e. Que deben ser preservados en una forma que permita la identificación de los datos sólo mientras dure el propósito por el que los datos son almacenados.

Y, junto a lo anterior, excluye salvo autorización legislativa con suficientes garantías el tratamiento de datos que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las creencias religiosas, la salud, la vida sexual y los antecedentes penales (art. 6), requiere la seguridad de los soportes de almacenamiento frente a accidentales o no autorizadas destrucciones, pérdidas, accesos, alteraciones o difusiones (art. 7), reconociendo a la persona los derecho de información y acceso a sus datos tratados (art. 8.b), de rectificación o eliminación (art. 8.c) y los recursos efectivos para ponerlos en valor (art. 8.d), regulando a su vez las normas de los flujos transfronterizos de datos (art. 12).

[485] SSTEDH z c. Finlandia, de 25 de febrero de 1997, apartado 95; Mockuté c. Lituania, de 27 de febrero de 2018, apartados 93 y 94.
[486] STEDH M.M c. Reiuno Unido, de 13 de noviembre de 2011, apartado 199.
[487] STEDH S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, apartados 71 a 76.
[488] Decisión TEDH Caruana c. Malta, de 15 de mayo de 2018.
[489] STEDH Khadija Ismayilova, de 10 de enero de 2019, apartados 142 a 150.

(ii) Fotografías y grabaciones

La propia imagen constituye uno de los más importantes atributos de la personalidad, revelando características únicas de la persona que permiten distinguirla de los demás. El derecho a proteger esa imagen es uno de los componentes esenciales del desarrollo personal. La libertad de expresión incluye la publicación de fotografías, por lo que pudiendo entrar en conflicto con el art. 8 CEDH, el TEDH ha fijado los factores claves a tener en cuenta: (i) la contribución a un debate de interés general; (ii) el carácter público y lo conocida que sea la persona titular del derecho del art. 8 CEDH; (iii) conducta previa de esa persona; (iv) contenido, forma y consecuencias de la publicación; (v) circunstancias en las que las fotografías fueron tomadas y (vi) severidad de la sanción impuesta[490]. En relación con este último requisito, los Estados poseen la obligación positiva de asegurar la existencia de sanciones penales o civiles para prohibir la grabación o fotografía no consentidas[491]. En el caso de grabaciones o fotografías de personas detenidas o investigadas en proceso penales y su publicación constituye una injerencia en el derecho a la vida privada[492].

(iii) Reconocimiento facial mediante datos biométricos

En un caso en el que las autoridades policiales rusas vieron un video en un canal de telegram de una persona que se manifestaba sola, hicieron capturas de pantalla que almacenaron, con las que después alimentaron un sistema de reconocimiento facial operado sobre las grabaciones del circuito cerrado de televisión del metro de Moscú, grabaciones sobre las que de nuevo hicieron, de los fragmentos donde aparecía el manifestante, capturas de pantalla que almacenaron. Además, usaron también la tecnología de reconocimiento facial en directo sobre el circuito cerrado de cámaras del metro de Moscú, para identificar y detener al manifestante (para la imposición de una infracción administrativa). El TEDH considera que:

- La observación operada por cámaras en espacios públicos sin grabación de las imágenes, no constituye una injerencia en la vida privada de los sujetos captados por esas cámaras, Las consideraciones sobre la vida privada pueden surgir del registro sistemático o permanente de datos personales a través del almacenamiento de las observaciones, especialmente de imágenes de una persona identificada[493]. Si además esos datos revelan opiniones políticas, como era el caso, los mismos deben considerarse datos de una especial sensibilidad y alcanzar un mayor nivel de protección.
- El procesamiento de los datos asociados a la imagen de la persona identificada a través de mecanismos de reconocimiento facial constituyen una interferencia en la vida privada de la persona[494].

[490] SSTEDH (Gran Sala) Alex Springer AG c. Alemania, de 7 de febrero de 2012, apartados 89 a 95; (Gran Sala) Couderc y Hachette Filipacchi Associéz c. Francia, de 10 de noviembre de 2015, apartados 90 a 93.
[491] STEDH (Gran Sala) Söderman c. Suecia, de 12 de noviembre de 2013, apartados 91, 114 y 117.
[492] STEDH Khuzhin y otros c. Rusia, de 23 de octubre de 2008, apartados 116 a 118.
[493] STEDH Gluckhin c. Rusia, de 4 de julio de 2023, apartado 66.
[494] Ibid. apartado 73.

- Es esencial, en el contexto de implementación de la tecnología de reconocimiento facial, contar con reglas detalladas que rijan el alcance y la aplicación de medidas, así como con salvaguardias sólidas contra el riesgo de abuso y arbitrariedad. La necesidad de salvaguardias será aún mayor en lo que respecta al uso de la tecnología de reconocimiento facial en tiempo real[495].
- Es una injerencia que puede utilizarse para la lucha contra el delito, especialmente frente al crimen organizado y el terrorismo[496].
- El uso de una tecnología de reconocimiento facial altamente intrusiva en el contexto del solicitante ejerciendo su derecho a la libertad de expresión conforme a la Convención, es incompatible con los ideales y valores de una sociedad democrática regida por el Estado de derecho, que la Convención fue diseñada para mantener y promover. El procesamiento de los datos personales del solicitante mediante la tecnología de reconocimiento facial en el marco de un proceso de infracción administrativa -primero, para identificarlo a partir de las fotografías y el video publicados en Telegram y, en segundo lugar, para localizarlo y detenerlo mientras viajaba en el metro de Moscú- no puede considerarse como "necesario en una sociedad democrática"[497].

(iv) Vigilancia secreta policial

La adopción de medidas de vigilancia policiales como las que a continuación se mencionan son tolerables sólo en la medida de que resulten estrictamente necesarias para salvaguardar instituciones democráticas[498], debiendo resultar soportadas por relevantes y suficientes razones y ser proporcionales a fin legítimo que persigan[499]. Así, la acumulación de datos sobre una persona aunque sean generados en un lugar público[500] o se refieran exclusivamente a sus actividades profesionales o públicas[501] constituyen una injerencia. También acumular los datos de los movimientos públicos de un GPS instalado en un vehículo[502]. El acceso a la información de los extractos bancarios de un abogado supone una injerencia en su derecho al respeto del secreto profesional, que se integra en la vida privada[503]. En relación a la vigilancia o interceptación de comunicaciones acudir al apartado posterior.

Aplicable a la vida privada, al domicilio y a la correspondencia, es posible solicitar la protección del TEDH por la vulneración del art. 8 CEDH sin necesidad de probar que medidas de vigilancia secreta hayan sido aplicadas sobre el demandante siempre que[504]:

a. Analizada la normativa reguladora de las medidas de vigilancia, el TEDH considere que puedan haber afectado al demandante.

[495] Ibid. apartado 82.
[496] Ibid. apartados 84 y 85.
[497] Ibid. apartado 90.
[498] STEDH Klass y otros c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978, apartado 42.
[499] STEDH Segerstedt-Wiberg y otros c. Suecia, de 6 de junio de 2006, apartado 88.
[500] STEDH Peck c. Reino Unido, de 28 de enero de 2003, apartado 59.
[501] STEDH (Gran Sala) Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000, apartado 67.
[502] STEDH Uzun c. Alemania, de 2 de septiembre de 2010, apartados 51 a 53.
[503] STEDH Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal, de 1 de diciembre de 2015, apartado 57.
[504] STEDH (Gran Sala) Zakharov c. Rusi, de 4 de diciembre de 2015, apartados 170 a 172.

b. Analizadas las medidas nacionales para la protección de los derechos del art. 8 CEDH frente a las injerencias, el TEDH considere que no son efectivas.

(v) Honor y reputación

Incluyendo la reputación personal y profesional[505], que deberá, para acceder a la protección del art. 8 CEDH, poseer cierto nivel de intensidad y desarrollarse en una forma que cause un perjuicio para el derecho[506].

(vi) Secreto profesional

El secreto profesional entre el abogado y el cliente representa el corolario del derecho de un cliente de un abogado a no declarar contra sí mismo, por lo que cualquier forma de intercambio entre ambos poseen una protección reforzada[507].

1.3 Situaciones afectantes a la identidad y autonomía.

Como se ha señalado, el art. 8 CEDH abarca el derecho al desarrollo personal y la libre determinación de la personalidad[508], incluyendo la posibilidad de adoptar hijos, el descubrimiento de los propios orígenes (padres), las convicciones religiosas y filosóficas (ante obligaciones de comunicación de las mismas), la apariencia (corte de pelo, la barba, el velo de cara completa, el desnudo), el derecho a un nombre y a documentos de identidad (a la hora de efectuar su registro, cambios de nombre tras reasignaciones de género, la inexistencia de la obligación de adoptar el apellido del marido), la identidad de género (reconocimiento del género tras la cirugía de reasignación o sin la mencionada cirugía, condiciones de acceso a la cirugía), la identidad étnica, la ciudadanía y residencia (circunstancias de los apátridas, la adquisición y pérdida de la nacionalidad, residencia), el estado civil y parental (registro del matrimonio), o las obligaciones de localización de deportistas en determinados espacios a determinadas horas para permitir el desarrollo de controles antidoping.

2. Requisitos para una injerencia no arbitraria en la vida privada (art. 8.2 CEDH)

De acuerdo con el contenido del art. 8.2 CEDH la injerencia de la autoridad pública debe estar prevista por la ley y ser, en una sociedad democrática, necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

[505] STEDH (Gran Sala) Alex Springer AG c. Alemania, de 7 de febrero de 2012, apartado 83; (Gran Sala) Bédat c. Cuiza, de 29 de marzo de 2016, apartado 72; (Gran Sala) Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros c. Bosnia Herzegovina, de 27 de junio de 2017, apartado 112.
[506] STEDH (Gran Sala) Axel Springer AG c. Alemania, de 7 de febrero de 2012, apartado 83.
[507] SSTEDH Visy c. Slovakia, de 16 de octubre de 2018, apartado 39; Vinci Construction y Gtm génie civil et services c. Francia, de 2 de abril de 2015, apartado 68; Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012, apartado 117; André y otro, de 24 de julio de 2008, apartado 41.
[508] STEDH Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002, apartado 61.

2.1. Medida prevista por la Ley

La injerencia de una autoridad pública en la vida privada de un ciudadano requiere de su desarrollo conforme a la ley que, a su vez, deberá ser compatible con el estado de derecho[509] y accesible[510] y predecible[511], de forma que permita a los individuos prever el contenido de la norma, y delimite de forma clara el marco discrecional de las autoridades públicas. La norma debe ser lo suficientemente clara en sus términos para proporcionar a los ciudadanos indicaciones adecuadas sobre cuando las autoridades están autorizadas para recurrir a medidas de vigilancia secreta y recolección de datos. Adicionalmente, como consecuencia de la inexistencia de publicidad de las actividades el riesgo intrínseco de abuso de cualquier sistema de vigilancia secreta, la norma que prevea las injerencias deberá contener las siguientes garantías para evitar los abusos: la naturaleza, alcance y duración de las posibles medidas, los fundamentos requeridos para ordenarlas, las autoridades competentes para acordarlas, desarrollarlas y supervisarlas y las formas de protección del derecho[512]. Además, la interpretación y aplicación por los tribunales nacionales a las circunstancias del caso no deben convertirse en irrazonables y no previsibles en los términos del art. 8.2 CEDH, por ejemplo con una interpretación extensiva de las previsiones legales[513].

2.2. Legitimidad del fin

El art. 8.2 CEDH lista como fines legítimos para las medidas con injerencia en el art. 8 CEDH la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. El TEDH considera los anteriores fines como un listado cerrado, si bien accede en sus análisis a la valoración e interpretación de esos fines en relación a las circunstancias alegadas por los Estados[514] (i.e.):

a. Se han considerado como subsumibles en el bienestar económico del país medidas de regulación de la migración[515].
b. Como subsumibles en la protección de los derechos y las libertades de los demás, grandes proyectos gubernamentales como la expansión de un aeropuerto[516].

[509] STEDH Halford c. Reino Unido, de 25 de junio de 1997, apartado 49.
[510] SSTEDH Silver y otros c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1983, apartado 87; Shimovolos c. Rusia, de 21 de junio de 2011, apartado 67.
[511] STEDH Silver y otros c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1983, apartado 88.
[512] STEDH Shimovolos c. Rusia, de 21 de junio de 2011, apartado 68.
[513] STEDH Altay c. Turquía (No. 2), de 9 de abril de 2009, apartado 57.
[514] STEDH (Gran Sala) S.A.S. c Francia, de 1 de julio de 2014, apartados 113 a 122.
[515] STEDH Berrehab c. Paises Bajos, de 21 de junio de 1988, apartado 26.
[516] STEDH (Gran Sala), Hatton y otros c. Reino Unido, de 8 de julio de 2003, apartado 121.

2.3 Necesidad de la medida en una sociedad democrática

Los criterios acuñados por el TEDH para analizar estos supuestos son (i) la comprobación de la concurrencia de una necesidad social imperiosa ("pressing social need"/"besoin social impérieux") de la medida[517] y (ii) la proporcionalidad con el fin legítimo perseguido. Partiendo de la necesidad de respetar un margen de valoración de las autoridades nacionales, sus decisiones permanecen sometidas en este punto a la revisión del TEDH[518] y deben ser los Estados los que muestren la existencia de la necesidad social imperiosa[519].

- CDFUE – TJUE: arts. 7 y 8 CDFUE

Reconocido en el art. 7 CEDH[520], de acuerdo con las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales los derechos garantizados en el artículo 7 corresponden a los que garantiza el artículo 8 del CEDH. A fin de tener en cuenta la evolución técnica, se ha sustituido la palabra «correspondencia» por «comunicaciones». De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que en el artículo correspondiente del CEDH. Como consecuencia de ello, las limitaciones de que puede ser objeto legítimamente son las mismas que las toleradas en el marco del referido artículo 8 CEDH[521].

El derecho al respeto de la vida privada, garantizado en el artículo 7 de la Carta, no es absoluto y puede implicar restricciones, siempre y cuando respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y, habida cuenta del objetivo perseguido, no constituyan una injerencia desproporcionada[522] y siempre desde el respeto a las previsiones del art. 52.1 CDFUE, esto es, que tal injerencia solo puede admitirse si está prevista por la Ley y cuando, siempre que se respete el contenido esencial de dicho derecho y el principio de proporcionalidad, sea necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión[523].

1.1 En relación a situaciones afectantes a la integridad física, psicológica y moral, el TJUE se ha pronunciado sobre la política de asilo[524] y la dimensión familiar[525].

[517] Niega expresamente el TEDH que puedan considerarse expresiones como útil, razonable o deseable, STEDH (Pleno) Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 2981, apartado 51.
[518] STEDH (Gran Sala) Paradiso y Campanelli c. Italia, de 24 de enero de 2017, apartado 181.
[519] STEDH Piechowicz c. Polonia, de 17 de abril de 2012, apartado 212.
[520] "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*".
[521] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[522] STJUE OZ, C-558/17 P, de 4 de abril de 2019, apartado 65.
[523] SSTJUE Petar Dzivev, C-310/16, de 17 de enero de 2019, apartado 36; WebMindLicenses, C-419/14, de 17 de diciembre de 2015, apartados 71 y 73.
[524] Por todas STJUE Mohammed Bilali, C-720/17, de 23 de mayo de 2019, apartado 62.
[525] Por todas STJUE SM, C-129/18, de 26 de marzo de 2019, apartado 67.

1.2 Situaciones afectantes a la privacidad.

El art. 7 CDFUE abarca los aspectos relacionados con la identidad personal e incluye el derecho de vivir de forma privada, apartado de una atención no querida, en términos análogos al art. 8 CEDH y con expresa referencia del TJUE a las decisiones del TEDH[526], y abarca esa intimidad general[527] y las siguientes dimensiones.

(i) Datos

Junto con el art. 7, y de forma específica, recoge el art. 8 CDFUE la protección de datos de carácter personal[528], artículo que, de acuerdo con las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, se basó en el artículo 286 del Tratado CE[529] (que ha sido sustituido por el artículo 16 TFUE[530] y el artículo 39 TUE[531]) y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la

[526] STJUE Varec, C-450/06, de 14 de febrero de 2008, apartado 48.

[527] "*No se discute que los importes que los beneficiarios afectados reciben del FEAGA y del Feader representan con frecuencia una parte considerable de sus ingresos. La publicación en un sitio web de los datos nominales de dichos beneficiarios y de los importes específicos percibidos por ellos constituye una injerencia en su vida privada a efectos del artículo 7 de la Carta, ya que tales datos resultan así accesibles a terceros*" […] "*Dado que, por una parte, la publicación de los datos nominales de los beneficiarios afectados y de los importes específicos procedentes del FEAGA y del Feader percibidos por ellos lesiona los derechos reconocidos a estos beneficiarios por los artículos 7 y 8 de la Carta y, por otra parte, tal tratamiento de datos de carácter personal no se basa en el consentimiento de tales beneficiarios, es preciso examinar si la lesión de estos derechos está justificada con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta*", STJUE (Gran Sala) Volker und Markus Schecke GbR y otros, C-92/09 y C-93/09, de 9 de noviembre de 2010, apartados 58 y 64.

[528] "*1.Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente".

[529] "*1. A partir del 1 de enero de 1999, los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las instituciones y organismos establecidos por el presente Tratado o sobre la base del mismo. 2. Con anterioridad a la fecha indicada en el apartado 1, el Consejo establecerá, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, un organismo de vigilancia independiente, responsable de controlar la aplicación de dichos actos comunitarios a las instituciones y organismos de la Comunidad y adoptará, en su caso, cualesquiera otras disposiciones pertinentes".*

[530] "*1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*
2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.
Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea".

[531] "*De conformidad con el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y no obstante lo dispuesto en su apartado 2, el Consejo adoptará una decisión que fije las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente capítulo, y sobre la libre circulación de dichos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes*".

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Derogada y sustituida por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), así como en el artículo 8 del CEDH y en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981. El acceso de las autoridades públicas a estos datos constituye una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida privada, consagrado en el artículo 7 CDFUE, incluso a falta de circunstancias que permitan calificar esta injerencia de «grave» y sin que sea relevante que la información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia. Tal acceso también constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de los datos personales garantizado por el artículo 8 de la Carta, puesto que constituye un tratamiento de datos personales[532].

El interesado, además de la protección frente a la injerencia de terceros distintos del responsable del tratamiento en los datos, podrá ejercitar en cualquier momento frente a este los derechos de información[533] y acceso[534], rectificación[535], supresión (derecho al olvido)[536][537], limitación del tratamiento[538], portabilidad de datos[539] y oposición[540].

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, regula tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Los datos que deben conservar los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas permiten rastrear e identificar el origen de una comunicación y su destino, determinar la fecha, la hora, la duración y la naturaleza de una comunicación así como el equipo de comunicación de los usuarios, y localizar el equipo de comunicación móvil. Entre esos datos se encuentra el nombre y la dirección del abonado o usuario registrado, los números de teléfono de origen y destino y una dirección IP para los servicios de Internet. Estos datos permiten, en concreto, saber con qué persona se ha comunicado un abonado o un usuario registrado y de qué modo, así como

[532] STJUE (Gran Sala) Ministerio Fiscal, C-207/16, de 2 de octubre de 2018, apartado 51.
[533] Reglamento 2016/679, Arts. 13 y 14.
[534] Ibid. Art. 15.
[535] Ibid. Art. 16.
[536] Ibid. Art. 17.
[537] "*La inclusión en la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, de vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, es, en la situación actual, incompatible con dicho artículo 6, apartado 1, letras c) a e)* [de la Directiva 95/46/CE], *debido a que esta información, habida cuenta del conjunto de las circunstancias que caracterizan el caso de autos, es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse*", STJUE (Gran Sala) Google, C-131/12, de 13 de mayo de 2014, apartado 94.
[538] Reglamento 2016/679, Art. 18.
[539] Ibid. Art. 20.
[540] Ibid. Art. 21.

determinar el momento de la comunicación y el lugar desde el que se ha realizado. Además, permiten conocer la frecuencia de las comunicaciones del abonado o del usuario registrado con determinadas personas durante un período concreto[541]. Ya el considerando 12 de la Directiva 2002/58 establece diferencias en este aspecto entre las personas físicas y las jurídicas, señalando que los abonados de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público pueden ser personas físicas o jurídicas. Al complementar la Directiva 95/46/CE, la Directiva 2002/58 pretende proteger los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la intimidad, así como los intereses legítimos de las personas jurídicas, sin que suponga obligación alguna por parte de los Estados miembros de hacer extensiva la aplicación de la Directiva 95/46/CE a la protección de los intereses legítimos de las personas jurídicas, que está garantizada en el marco de la legislación comunitaria y nacional.

La Directiva 2002/58 enumera en su art. 15.1 los objetivos que pueden justificar el acceso de las autoridades públicas a los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, esto proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46. Por lo que se refiere al objetivo de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, procede observar que el tenor del artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/58 no limita este objetivo a la lucha contra los delitos graves, sino que se refiere a los «delitos» en general[542]. A este respecto, es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que, en materia de prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, solo la lucha contra la delincuencia grave puede justificar un acceso a datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que, considerados en su conjunto, permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos han sido conservados[543]. No obstante, el Tribunal de Justicia ha motivado esa interpretación basándose en que el objetivo perseguido por una norma que regula este acceso debe guardar relación con la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales en cuestión que supone la operación[544]. En efecto, conforme al principio de proporcionalidad, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos solo puede justificar una

[541] STJUE (Gran Sala) Tele2 Sverige y Watson y otros, C-203/15 y C-698/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 98.
[542] STJUE (Gran Sala) Ministerio Fiscal, C-207/16, de 2 de octubre de 2018, apartado 53.
[543] STJUE (Gran Sala) Tele2 Sverige y Watson y otros, C-203/15 y C-698/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 99: "*Estos datos, considerados en su conjunto, permiten extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los círculos sociales que frecuentan (véase, por analogía, respecto a la Directiva 2006/24, la sentencia Digital Rights, apartado 27). En particular, estos datos proporcionan medios para determinar, como ha señalado el Abogado General en los puntos 253, 254 y 257 a 259 de sus conclusiones, el perfil de las personas afectadas, información tan sensible, a la luz del respeto de la vida privada, como el propio contenido de las comunicaciones*".
[544] Ibid. apartado 115.

injerencia grave el objetivo de luchar contra la delincuencia que a su vez esté también calificada de «grave»[545]. En cambio, cuando la injerencia que implica dicho acceso no es grave, puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir «delitos» en general[546]. Los datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que tienen por objeto identificar a los titulares (nombre, apellidos y, en su caso, la dirección) de las tarjetas SIM activadas durante un período de doce días con el número IMEI del teléfono móvil sustraído (y no referidos a las comunicaciones efectuadas con el teléfono móvil sustraído ni a la localización de este -no permiten conocer la fecha, la hora, la duración o los destinatarios de las comunicaciones efectuadas con las tarjetas SIM en cuestión, ni los lugares en que estas comunicaciones tuvieron lugar, ni la frecuencia de estas con determinadas personas durante un período concreto-) no permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se ven afectados. En tales circunstancias, el acceso limitado únicamente a los datos cubiertos por la solicitud controvertida en el litigio principal no puede calificarse de injerencia «grave» en los derechos fundamentales de los individuos cuyos datos se ven afectados. En consecuencia, la injerencia que supone el acceso a dichos datos puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir «delitos» en general, al que se refiere el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/58, sin que sea necesario que dichos delitos estén calificados como «graves»[547].

La Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos ha sido objeto de transposición en España por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, determinando los derechos de acceso, rectificación y supresión, los responsables y encargados del tratamiento, el delegado de protección de datos, la autoridad de control y las posibles transferencias de datos a terceros países u organizaciones internacionales:

- No oponiéndose el artículo 6, letra a), de la Directiva 2016/680 a una normativa nacional que establece la recogida forzosa, a efectos de su registro, de datos biométricos y genéticos de personas respecto de las cuales concurren suficientes elementos de prueba de que son culpables de haber cometido un delito público doloso perseguido y que hayan sido investigadas por ello[548].
- No oponiéndose el artículo 47 CDFUE a que un órgano jurisdiccional nacional, cuando se pronuncie sobre una solicitud de autorización para proceder a la recogida forzosa de datos biométricos y genéticos de un investigado a efectos de su registro, no pueda apreciar las pruebas en las que se basa esa investigación, siempre que el Derecho nacional garantice posteriormente un

[545] Ibid. apartados 110 y 111.
[546] STJUE (Gran Sala) Ministerio Fiscal, C-207/16, de 2 de octubre de 2018, apartados 56 y 57.
[547] Ibid. apartados 59, 60, 61 y 62.
[548] STJUE V.S. C-205/21, de 26 de enero de 2023, apartado 86.

control jurisdiccional efectivo de las condiciones de la mencionada investigación, de la que deriva la autorización para la recogida[549].

En relación al funcionamiento de las instituciones de la Unión y su afectación a derechos fundamentales de los ciudadanos, el Reglamento 45/2001, sustituido por el Reglamento 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018 (relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos) protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales[550]. El interesado cuyos datos son objeto de tratamiento por la Unión tendrá derecho a obtener la comunicación en una forma inteligible de esos datos, así como cualquier información disponible sobre el origen de esos mismos datos. El Reglamento 45/2001 y 2018/1725 han de interpretarse de conformidad con el artículo 41 de la Carta, que reconoce el derecho a una buena administración y, en particular, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna[551]. En ese contexto, la protección del derecho fundamental al respeto de la intimidad implica, en especial, que toda persona física pueda cerciorarse de que los datos personales que le conciernen son exactos y se utilizan de manera lícita. Para poder efectuar las comprobaciones necesarias, cualquier persona disfruta del derecho de acceso a los datos que le conciernan y sean objeto de tratamiento. El citado derecho de acceso es indispensable, en particular, para permitir al interesado obtener, en su caso, del responsable del tratamiento de los datos, la rectificación, la supresión o el bloqueo de esos datos y, en consecuencia, ejercer el derecho de solicitar que unas apreciaciones que le conciernen, transcurrido un determinado período de tiempo, se supriman, es decir, que se destruyan[552].

(ii) Fotografías y grabaciones

La grabación en vídeo de policías en una comisaría durante una toma de declaración y la publicación del vídeo grabado en un sitio de Internet de vídeos en el que los usuarios pueden enviarlos, verlos y compartirlos (youtube) está comprendida en el ámbito de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las

549 Ibid. apartado 101.

550 STJUE Comisión/Bavarian Lager, C-28/08 P, de 29 de junio de 2010, apartado 49; SSTGUE Secolux/Comisión, T-363/14, de 21 de septiembre de 2016, apartado 26; VG, T-314/16 y T-435/16, de 27 de noviembre de 2018, apartado 99.

551 STGUE VG, T-314/16 y T-435/16, de 27 de noviembre de 2018, apartado 101.

552 STJUE Nowak, C-434/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 57; STGUE VG, T-314/16 y T-435/16, de 27 de noviembre de 2018, apartado 102. "*En el caso de autos, la decisión de 16 de junio de 2016, por la que se desestimó la solicitud de transmitir a MS los datos personales controvertidos, sin realizar una ponderación adecuada de los diferentes intereses legítimos en juego, pudo causar a MS un sentimiento de injusticia y una pérdida de confianza en la Comisión. Además, como se desprende de las consideraciones desarrolladas por la Comisión ante el Defensor del Pueblo y ante el Tribunal, esta decisión se basaba, en el «temor a represalias d[e MS] contra [X] o contra otras personas citadas en su queja», a saber, en una suerte de apreciación negativa respecto de MS y que pudo haber sido hiriente para él. En estas circunstancias, la anulación de la decisión de 16 de junio de 2016 no puede constituir, por sí misma, una indemnización adecuada del daño moral sufrido por MS en razón de tal decisión*".

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (sustituida por el Reglamento 2016/679) y no se puede excluir que la grabación y la publicación del vídeo controvertido, que se efectuaron sin informar a los interesados de la realización de esa grabación y de su finalidad, constituya una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la intimidad de estas personas, es decir, los policías que figuran en dicho vídeo[553]. Si resulta que la grabación y la publicación del vídeo controvertido tenían por única finalidad la divulgación al público de información, opiniones o ideas, corresponde al tribunal nacional apreciar si las exenciones y excepciones previstas en el artículo 9 de la Directiva 95/46 resultan necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión, y si tales exenciones y excepciones no exceden de lo estrictamente necesario[554].

A la video vigilancia le son aplicables las previsiones de la Directiva 95/46/CE sustituida por el Reglamento 2016/679 y en la medida en que una vigilancia por videocámara se extiende, aunque sea en parte, al espacio público, abarcando por ello una zona ajena a la esfera privada de la persona que procede al tratamiento de datos valiéndose de ese medio, tal vigilancia por videocámara no puede considerarse una actividad exclusivamente «personal o doméstica» a efectos del artículo 3, apartado 2, segundo guion, de la Directiva 95/46[555].

(iii) Honor y reputación

Con referencia a la jurisprudencia del TEDH, el TJUE señala que el derecho de una persona a la protección de su reputación es un elemento del derecho al respeto de la vida privada, forma parte de su identidad personal y de su integridad moral (las cuales también corresponden a su vida privada), consideraciones que son aplicables al honor[556].

(iv) Vigilancia policial

La Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos se aplica no sólo al tratamiento de datos personales que se efectúe «en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario» (como la Directiva 95/46/CE sustituida por el Reglamento 2016/679), como es el caso de las actividades en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial. Esos ámbitos quedan regulados por la directiva que establece las normas específicas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención,

[553] STJUE Sergejs Buivids, C-345/17, de 14 de febrero de 2019, apartado 67.
[554] Ibid. apartado 68.
[555] STJUE František Ryneš, C-212/13, de 11 de diciembre de 2014, apartado 33.
[556] STGUE VG, T-314/16 y T-435/16, de 27 de noviembre de 2018, apartado 100.

investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública. Entre dichas autoridades competentes no solo se deben incluir autoridades públicas tales como las autoridades judiciales, la policía u otras fuerzas y cuerpos de seguridad, sino también cualquier otro organismo o entidad en que el Derecho del Estado miembro haya confiado el ejercicio de la autoridad y las competencias públicas a los efectos de la presente Directiva. Cuando dicho organismo o entidad trate datos personales con fines distintos de los previstos en la Directiva (UE) 2016/680, se aplica el Reglamento (UE) 2016/679. Así pues, el Reglamento (UE) 2016/679 se aplica en los casos en los que un organismo o entidad recopile datos personales con otros fines y proceda a su tratamiento para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto. Todo organismo o entidad que trate datos personales en nombre de las citadas autoridades dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2016/680 debe quedar obligado por un contrato u otro acto jurídico y por las disposiciones aplicables a los encargados del tratamiento, mientras que la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 permanece inalterada para el tratamiento de datos personales por encargados del tratamiento fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2016/680[557].

En relación a estos datos acumulados, la Directiva (UE) 2016/680 exige a los Estados miembros que los datos personales basados en hechos se distingan, en la medida de lo posible, de los datos personales basados en apreciaciones personales[558], y que las autoridades competentes adopten todas las medidas razonables para garantizar que los datos personales que sean inexactos, incompletos o que no estén actualizados no se transmitan ni se pongan a disposición de terceros[559]. Si se observara que se hubieran transmitido datos personales incorrectos o se hubieran transmitido ilegalmente, el hecho deberá ponerse en conocimiento del destinatario sin dilación. En tal caso, los datos personales deberán rectificarse o suprimirse[560], pudiendo el interesado ejercitar los derechos de información[561], acceso[562], rectificación o supresión[563]. España no

[557] Considerando 11 de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.
[558] Directiva (UE) 2016/680, Art. 7.1.
[559] Ibid. Art. 7.2.
[560] Ibid. Art. 7.3.
[561] Ibid. Art. 13.
[562] Ibid. Arts. 14 y 15.
[563] Ibid. Art. 16.

ha transpuesto aún la directiva[564], aunque el plazo para efectuarlo venció el 6 de mayo de 2018[565].

1.3 En relación a situaciones afectantes a la identidad y autonomía, el TJUE se ha pronunciado sobre el nombre y apellido[566].

- CE – TC: art. 18.1 CE

El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española, en su art. 18.1 CE[567]. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad[568].

La Constitución, en su art. 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones -art. 18.2 y 3 CE), más ello no significa que sea un derecho absoluto, pues puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley[569].

---

[564] Señala la Disposición transitoria cuarta (Tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que "*los tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, continuarán rigiéndose por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en particular el artículo 22, y sus disposiciones de desarrollo, en tanto no entre en vigor la norma que trasponga al Derecho español lo dispuesto en la citada directiva*".

[565] Art. 63.1 Directiva (UE) 2016/680.

[566] STJUE Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, de 2 de junio de 2016, apartado 35.

[567] "*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*".

[568] STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3.

[569] STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 6.

1.1 Situaciones afectantes a la integridad física, psicológica y moral.

La intimidad corporal forma parte de la intimidad personal garantizada por la Constitución en el art. 18.1 CE (ver apartado que sigue "*1.2 Situaciones afectantes a la privacidad/intimidad*"), que es de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad. Esta afirmación de principio requiere matizaciones[570]:

(i) El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona[571].

(ii) Aun tratándose de actuaciones que afectan al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno[572] (arts. 10.1 y 15 CE) [573].

(iii) A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas

---

[570] STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

[571] "*Resulta, pues, evidente que una intervención corporal consistente en la extracción de algunos cabellos de diversas partes de la cabeza y del pelo de las axilas, por la parte externa del cuerpo afectada y la forma en que está prevista su ejecución (a realizar por el Médico Forense), no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo*", STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.

[572] "*No cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina, con independencia de que, en este caso, tal examen no se llegó a realizar. Lo que si es manifiesto es que la intimidad quedó afectada o comprometida en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen"*, STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

[573] "*Resulta, pues, evidente que una intervención corporal consistente en la extracción de algunos cabellos de diversas partes de la cabeza y del pelo de las axilas, por la parte externa del cuerpo afectada y la forma en que está prevista su ejecución (a realizar por el Médico Forense), no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo*", STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.

y registros en domicilio -art. 18.2 C.E.-, intervención de las comunicaciones -art. 18.3 C.E.-, etc.), no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 15 CE), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial. De acuerdo con la doctrina del TC esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad[574].

(iv) Para apreciar si una actuación judicial respetó o no la intimidad de la persona no es suficiente, sin embargo, con advertir que en dicha actuación se hicieron valer ante el sujeto afectado los intereses (públicos también, por definición), a los que ha de servir toda decisión de la autoridad, pues la protección que la Constitución dispensa se delimita aquí, una vez reconocido su objeto, atendiendo a las exigencias públicas en presencia, y bien se comprende que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia. Por ello, lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite. sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone. Es evidente, por todo ello, que la consideración de si se violó o no el derecho fundamental no se puede basar, en casos como el presente, en la mera constatación de lo prescrito por el art. 8.1 de la LO 1/1982, pues tal precepto dispone sólo, en lo que ahora importa, que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley», y es precisamente esto último (si la actuación controvertida se atuvo o no a la legalidad, incluida, claro está, la de rango constitucional) lo que se ha de examinar[575].

(v) El derecho no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal,

[574] STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.
[575] STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la CE). Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la LECr), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que si pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado[576].

En tanto que las medidas pueden afectar a su vez a la integridad física (art. 15 CE), debe tenerse en cuenta a su vez que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física[577]. Dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización[578]:

(i) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o

[576] STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8.
[577] "*Resulta claro que la intervención y diligencia pericial acordada en el caso presente por el Juzgado de Instrucción, teniendo en cuenta, primero, su carácter imperativo y contrario a la voluntad del interesado (que, aunque inicialmente se ofreció a una pericia de este tipo, luego, una vez acordada, mostró de manera reiterada su negativa a someterse a ella), y, segundo, que implica una intervención consistente en la extracción de cabellos de diversas partes de la cabeza y de la totalidad del pelo de las axilas, ha incidido en el ámbito constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la integridad física, siquiera sea de una manera leve, pues, de acuerdo con la doctrina expuesta, la afectación de este derecho no presupone necesariamente la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona*", STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.
[578] STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad.

(ii) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.)[579] o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

En relación a estas intervenciones corporales, del art. 15 CE cabe derivar, por último, una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, de alguna manera referibles también al principio de proporcionalidad, las cuales cabe sustantivizar en los siguientes términos[580]:

(i) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud.

(ii) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

---

[579] "*La Audiencia Provincial alude en la resolución recurrida al art. 339 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim). Este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el "cuerpo del delito", entendiendo por tal "las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida" (art. 334.1 LECrim). Y, aunque hemos dicho que esta norma no facilita el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado, al amparo de este precepto hemos indicado que la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma*", STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6.

[580] STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

(iii) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 C.E.)

1.2 Situaciones afectantes a la privacidad/intimidad.

La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental (art.10.1)[581]. Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas[582]. El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos[583]. Así, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo[584]. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar[585]. La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. Con referencia expresa al TEDH, señala el TC que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 CEDH para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un "círculo íntimo" en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se

[581] STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.
[582] STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4.
[583] STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7.
[584] STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.
[585] STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.

desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada. Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública[586].

El consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno[587], aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento[588]. Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida[589].

En relación a las medidas de investigación penal, que afecten a la intimidad del investigado, las mismas deben cumplir los requisitos de la proporcionalidad determinados por el TC que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante[590].

En relación con la observación del contenido de una agenda de un móvil por los agentes policiales, señala el TC que actuaron con el apoyo legal que les ofrecen el art. 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, y el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que conforman "una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición

[586] STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.
[587] SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5.
[588] STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.
[589] SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2
[590] STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente"[591]. Entre estas diligencias se encuentra la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, así como a los documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que ello sea necesario de acuerdo con una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad[592].

En relación a la actividad inspectora de la AEAT, el TC Analizó la posibilidad de que a través de la investigación de las cuentas se penetre en la zona más estricta de la vida privada, ya que en nuestra sociedad una cuenta corriente puede constituir «la biografía personal en números» del contribuyente, como en frase gráfica dice el mismo recurrente. No se rechaza tanto la simple exhibición de las certificaciones como la posible petición de justificación de las operaciones de la cuenta. Apuntando hacia la regulación de esa intervención, el TC se detiene especialmente en el deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos descubiertos en la investigación, asegurando al máximo, en los límites de lo jurídicamente posible, la efectividad del secreto. Este requisito, que se reitera incluso en la misma resolución impugnada, es tanto más importante cuanto que los datos obtenidos tampoco eran totalmente secretos, pues al confiarse a una Empresa, es claro que han de ser conocidos por un círculo más o menos amplio de empleados de la misma. Y no se ve por qué razón debe existir menos confianza en la discreción de esos empleados que en la de unas autoridades y unos funcionarios públicos sometidos, como se ha dicho antes, a severas responsabilidades de todo tipo si infringen el deber de sigilo a que la Ley les obliga. Se objetará que el ciudadano elige la Entidad bancaria a la que confía sus secretos, pero no elige los Inspectores que lo investigan. Ello es cierto, pero por lo mismo el deber de sigilo está mucho más protegido en este último caso, sin contar que quienes obtienen el secreto, por su condición de servidores del Estado, merecen en principio, y admitiendo por supuesto que puedan existir excepciones, una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone. Así, la petición de la Inspección Fiscal de que el contribuyente o, en su defecto, la Entidad de crédito afectada facilite las certificaciones de los movimientos de las cuentas del recurrente no supone en sí la vulneración del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Constitución ni de ningún otro derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo[593].

La LO 1/1982, de 5 de mayo, desarrolla el régimen de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que considera irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo nula la renuncia a la protección de la Ley, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento[594], considerando como intromisiones ilegítimas en los derechos[595]:

[591] SSTC 70/2002, FJ 10, y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.
[592] STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6.
[593] STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 7.
[594] LO 1/1982, Art. 1.3.
[595] Ibid. Art. 7.

- El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
- La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos.
- La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
- La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

La preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena[596]. La excepción de veracidad no resulta aquí legitimadora, pues se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces. El elemento decisivo aquí es la relevancia pública del hecho divulgado, que su «revelación» resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento[597]. las personas que, por razón de su actividad profesional, como aquí sucede, son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente, como se sostiene en la demanda, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el «riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública». Que estos hechos se flexibilicen en ciertos supuestos es una cosa, y otra bien distinta, es que cualquier información sobre hechos que les conciernen guarden o no relación con su actividad profesional, cuenten o no con su conformidad, presenten ya esa relevancia pública que la legitime plenamente y dote de una especial protección. No toda información, que se refiere a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea. El problema en cada caso es el de identificar los límites que debe

[596] STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.
[597] STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3.

soportar el derecho a la intimidad cuando exista un interés público al conocimiento de determinados hechos que pueda legitimar la invasión de la esfera privada del personaje público[598].

(i) Datos

Desde el contenido del art. 18.4 CE[599], nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a la potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"[600].

El derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin. De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones el TC ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal[601], como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, el objeto de

[598] Ibid. FJ 4.
[599] "*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*".
[600] STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.
[601] STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4.

protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo[602].

El contenido mínimo de este derecho garantizado aun en ausencia de desarrollo legislativo[603] es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: El uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de la personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Pues la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data). En este sentido, las pautas interpretativas que nacen del Convenio de protección de datos personales de 1981 llevan a la conclusión de que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades. Si el derecho fundamental a la intimidad puede justificar en determinados casos que un ciudadano se niegue a suministrar a las autoridades determinados datos personales, no se ve la razón por la que no podría justificar igualmente que ese mismo ciudadano se oponga a que esos

[602] STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

[603] "*A nivel legislativo, la concreción y desarrollo del derecho fundamental de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales tuvo lugar en sus orígenes mediante la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, conocida como LORTAD. La Ley Orgánica 5/1992 fue reemplazada por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, a fin de trasponer a nuestro derecho a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta ley orgánica supuso un segundo hito en la evolución de la regulación del derecho fundamental a la protección de datos en España y se complementó con una cada vez más abundante jurisprudencia procedente de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa*", Párrafo tercero del apartado I del Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

mismos datos sean conservados una vez satisfecho o desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración, o a que sean utilizados o difundidos para fines distintos, y aun ilegales o fraudulentos, o incluso a que esos datos personales que tiene derecho a negar a la Administración sean suministrados por terceros no autorizados para ello. constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios, impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el art. 18 C.E., y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por el TC, haya sido o no desarrollado legislativamente[604]. El reconocimiento de estos derechos, derivados del art. 18 C.E. de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa a la protección de datos personales de 1981, no obsta a que la autoridad administrativa deniegue, mediante resolución motivada, algún extremo de la información solicitada, siempre que dicha negativa se encuentre justificada por alguna excepción prevista por la Ley, incluido el propio Convenio Europeo de 1981[605].

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[606] tiene como uno de sus objetos, garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 CE[607]. Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la

[604] STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.
[605] Ibid. FJ 9.
[606] Habiendo declarado el TC la inconstitucionalidad de la Disposición Final Tercera, apartado 2, de la LO 3/2018 y, con ella, del apartado 1 del art. 58 bis LOREG porque "*la ley no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia, ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales reclama nuestra doctrina, por lo que se refiere a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales. De esta forma, se han producido tres vulneraciones del art. 18.4 CE en conexión con el art. 53.1 CE, autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley y que solo el legislador puede remediar, y redundando las tres en la infracción del mandato de preservación del contenido esencial del derecho fundamental que impone el art. 53.1 CE, en la medida en que, por una parte, la insuficiente adecuación de la norma legal impugnada a los requerimientos de certeza crea, para todos aquellos a los que recopilación de datos personales pudiera aplicarse, un peligro, en el que reside precisamente dicha vulneración y, por otra parte, la indeterminación de la finalidad del tratamiento y la inexistencia de "garantías adecuadas" o las "mínimas exigibles a la Ley" constituyen en sí mismas injerencias en el derecho fundamental de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear*", STC 76/2019, de 22 de mayo.
[607] Art. 1.b) de la LO 3/2018.

Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del art. 18 CE y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea[608]. La LO 3/2018 desarrolla en su Título X un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red[609] y el acceso universal[610] o los derechos a la seguridad[611] y educación[612] digital, la protección de los menores en internet[613], protección de datos de los menores en internet[614], así como los derechos a la rectificación en internet[615], a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales[616], al olvido en búsquedas de internet[617] [618], al olvido en servicios de

[608] Párrafo tercero del apartado IV del Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
[609] LO 3/2018 Art. 80.
[610] Ibid. Art. 81.
[611] Ibid. Art. 82.
[612] Ibid. Art. 83.
[613] Ibid. Art. 84.
[614] Ibid. Art. 92.
[615] Ibid. Art. 85.
[616] Ibid. Art. 86.
[617] Ibid. Art. 93.
[618] "*A la hora de valorar el sacrificio requerido a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], para asegurar el disfrute adecuado del derecho a la intimidad de las personas recurrentes en conexión con el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.1 y 4 CE), es necesario recordar la importancia de las hemerotecas digitales en el contexto de las actuales sociedades de la información. Esto significa que serán conducentes al restablecimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de los datos personales las medidas tecnológicas tendentes a limitar adecuadamente la difusión de la noticia, que garanticen, en lo que sea conciliable con dicha regla, la integridad de la hemeroteca y su accesibilidad en general. Pues bien, la prohibición de indexar los datos personales, en concreto los nombres y los apellidos de las personas recurrentes, para su uso por el motor de búsqueda interno de "El País" debe ser considerada una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. La medida requerida es necesaria porque su adopción, y solo ella, limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de las personas recurrentes. A este respecto debe tenerse en cuenta que los motores de búsqueda internos de los sitios web cumplen la función de permitir el hallazgo y la divulgación de la noticia, y que esa función queda garantizada aunque se suprima la posibilidad de efectuar la búsqueda acudiendo al nombre y apellidos de las personas en cuestión, que no tienen relevancia pública alguna. Siempre será posible, si existe una finalidad investigadora en la búsqueda de información alejada del mero interés periodístico en la persona "investigada", localizar la noticia mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de cualquier otro tipo. Una persona integrante de lo que el Tribunal Supremo llama en su sentencia "audiencia más activa", puede acceder a la noticia por múltiples vías, si lo que le mueve es el interés público que pudiera tener dicha información en un contexto determinado. Ello da prueba de la idoneidad de la medida. Sin embargo, la disposición solicitada por las personas recurrentes impide que se pueda realizar un seguimiento ad personam del pasado de un determinado individuo, insistimos en ello, sin ninguna proyección pública, a través de una herramienta cuya finalidad es otra, y va dirigida a garantizar la formación de una opinión pública plural, no a satisfacer la curiosidad individual y focalizada*", STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 8.

redes sociales y servicios equivalentes[619], a la desconexión digital[620] en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral[621], derechos digitales en la negociación colectiva[622], el derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes[623], derecho al testamento digital[624].

Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) —por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica—, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda de que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información[625].

La versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de

[619] LO 3/2018 Art. 94.
[620] Ibid. Art. 88.
[621] Ibid. Arts. 87, 89, 90.
[622] Ibid. Arts. 91.
[623] Ibid. Arts. 95.
[624] Ibid. Art. 96.
[625] STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3.

comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), lo que implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso, tanto desde la perspectiva de la existencia de norma legal habilitante, incluyendo la necesaria calidad de la ley, como desde la perspectiva de si la concreta actuación desarrollada al amparo de la ley se ha ejecutado respetando escrupulosamente el principio de proporcionalidad[626].

Para el TC, con referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH, los perfiles de ADN, contienen menos información personal, pero su tratamiento informatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra y realizar a partir de ella estudios de investigación familiar que descubran el vínculo genético entre personas, así como el origen étnico, cualidades que son indudablemente susceptibles de lesionar el derecho a la vida privada, por lo que la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN se considera una lesión del derecho al respeto de su vida privada. Afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, la cuestión se desplaza a la justificación de la medida en términos compatibles con el CEDH. El análisis de la muestra biológica y realización del análisis del ADN, supone ya una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tales análisis pudieran derivarse. Hasta la LO 15/2003, no existía en el Ordenamiento español una previsión específica sobre la realización de análisis del ADN en el seno de la instrucción penal, sino que tales análisis no tenían una consideración diferente que la genérica de cualquier prueba pericial[627]. La LO 15/2003 introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la primera regulación de esta materia: de una parte se

[626] STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 4.

[627] "*La diligencia pericial consistente en el análisis de la saliva del demandante de amparo encontraría cobertura legal en los preceptos acabados de exponer en cuanto, de una parte, se trata de uno de los informes técnicos y periciales a los que se refiere el art. 11.1, apartado g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, al que acabamos de referirnos; de otra, su práctica se acomoda con naturalidad a la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador, esto es, para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores; y, finalmente porque la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental, a la que luego nos referiremos, admite una relativa relajación de las exigencias de taxatividad en la norma que presta cobertura a aquella exigida por el Convenio europeo de derechos humanos*", STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9. En sentido análogo "*habiendo ocurrido los hechos antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aquélla cobertura se encuentra en los arts. 282 y 363 de la Ley de enjuiciamiento criminal y en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, en cuanto, de una parte, se trata de uno de los informes técnicos y periciales a los que se refiere el apartado g); de otra, su práctica se acomoda con naturalidad a la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador, esto es, para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores; y, finalmente, porque la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental, a la que luego nos referiremos, admite una relativa relajación de las exigencias de taxatividad en la norma que presta cobertura a aquella exigida por el Convenio europeo de derechos humanos*", STC 13/2014, de 30 de enero, FJ 3.

añadió un párrafo al art. 326 LECrim ordenando al Juez de Instrucción que por sí o a través del médico forense o la policía judicial adopte las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de las huellas o vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos; y de otra se incorporó el segundo párrafo del art. 363 LECrim, en el cual se habilita al Juez de instrucción para que acuerde la obtención de muestras biológicas del sospechoso a fin de determinar su perfil de ADN, incluso mediante actos de injerencia tales como la inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El marco normativo se completó con la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, en cuya disposición adicional tercera prevé la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado[628], y la necesaria autorización judicial en caso de que la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado[629].

La petición de la Inspección Fiscal de que el contribuyente o, en su defecto, la Entidad de crédito afectada facilite las certificaciones de los movimientos de las cuentas del recurrente no supone en sí la vulneración del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Constitución ni de ningún otro derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo. El conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido, que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos, pues para una verificación de los ingresos del contribuyente y de su situación patrimonial puede no ser suficiente en ocasiones la exhibición de los saldos medios anuales y de los saldos a 31 de diciembre. Es importante señalar que las certificaciones pedidas al recurrente o las que se exigirían a las Entidades bancarias caso de que aquél no las entregase voluntariamente son los extractos de las cuentas, en que figuran, como es notorio, sólo la causa genérica de cada partida (talón bancario, transferencia, efectos domiciliados, entrega en efectivo, etc.), pero no su causa concreta. Ahora bien, estos datos en sí no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio. El recurrente parece insistir especialmente en la gravedad de que la investigación de las cuentas comprenda las operaciones pasivas, pues a nadie le importa en qué gasta cada cual su dinero. Pero el conocimiento de una cuenta corriente no puede darse si no se contempla en su integridad. Las operaciones pasivas pueden ser también reveladoras de una anómala conducta fiscal, como ocurriría, entre otros supuestos que podrían citarse con la retirada de una masa importante de dinero sin que se explique el destino de la misma, que ha podido trasladarse de una situación de transparencia fiscal a otra menos o nada transparente[630].

Las certificaciones de antecedentes penales sólo pueden solicitarse por el interesado o por los órganos judiciales u otros poderes públicos cuando así lo

[628] Sin necesidad de inspecciones, reconocimientos o intervenciones, como el caso de un cigarrillo arrojado por él sospechoso en el calabozo donde se hallaba detenido por otros hechos, STC 13/2014, de 30 de enero, FJ 3.
[629] STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9.
[630] STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 12.

disponga una norma con rango legal. Fuera de estos casos, y dada la naturaleza de los datos contenidos en el referido Registro, el acceso a ellos vulnera el derecho a la intimidad de aquél a quien se refieran. La información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo, como son sus antecedentes penales, que indudablemente afectan a su integridad moral, debe estar a recaudo de una publicidad indebida y no consentida por el afectado, y, aun en el caso de que una norma de rango legal autorice a determinados sujetos el acceso a la misma, con o sin el consentimiento del afectado, ese acceso sólo está justificado si responde a alguna de las finalidades que explican la existencia del archivo o registro en el que estén contenidas; fines que deberán coincidir con alguna de las limitaciones constitucionalmente impuestas a la esfera íntima del individuo y su familia. Así pues, si el acceso no se realiza con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la intimidad. Y se vulnera ese derecho en la medida en que aquel archivo o registro se puede convertir en una fuente de información sobre la vida de una persona o su familia, menoscabando la confidencialidad de esa información, y que debe garantizarse mediante el establecimiento de las oportunas precauciones sobre la accesibilidad de la misma, pues el hecho mismo de la existencia de estos archivos y registros, conteniendo información sensible relativa a un individuo, puesta a disposición del poder público, entraña de suyo un grave riesgo para la intimidad individual. Por esta razón, la existencia de ese archivo o registro, la información que en él puede almacenarse y su accesibilidad al conocimiento de otros poderes públicos o particulares debe estar sometida al estricto escrutinio del fin que lo legitime, que no puede ser otro que la realización efectiva de los límites constitucionales al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE Siendo el acceso por un Poder Público a la hoja histórico penal de un ciudadano una limitación de su derecho a la intimidad, no sólo es del todo inexcusable que una Ley lo permita, sino que, además, esa Ley debe establecer explícitamente tanto el límite de que se trate cuanto los términos en los que ese límite puede hacerse valer. De otro modo, las reservas de ley que tienen por objeto justamente habilitar al legislador para fijar límites a los derechos fundamentales dejarían de cumplir su función como garantías complementarias del propio derecho fundamental que limitan[631].

(ii) Fotografías y grabaciones

El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz. El derecho a la intimidad limita la intervención de

[631] STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8.

otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado. Estos derechos, como expresión de la persona misma, disfrutan de la más alta protección en nuestra Constitución y constituyen un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular. Sin perjuicio de las salvedades que puedan tener lugar en relación con las imágenes captadas en público, especialmente las de personajes públicos o de notoriedad profesional cuando aquellos derechos colisionen con los del art. 20.1 d) y 4 CE. puesto que el relativo a la imagen forma parte de aquéllos, éste es irrenunciable en su núcleo esencial y por ello aunque se permita autorizar su captación o divulgación será siempre con carácter revocable. Mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial. Pero debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. En esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la L.O. 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que al TC compete, únicamente desde la perspectiva constitucional[632]. En este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto.[633]

La LO 1/1982, de 5 de mayo, considera como intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen[634]:

- El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos.

[632] STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.
[633] STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4.
[634] LO 1/1982 Art. 7.

- La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

La difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica tomada al demandante de amparo el día de su detención en dependencias policiales con destino a su ficha policial ha vulnerado su derecho a la propia imagen[635].

es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticiamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones[636].

El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional. La especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente. Esta constatación lleva a afirmar, en cuanto al canon de enjuiciamiento a aplicar, que, cuando se denuncia que una determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del art. 18.1 CE, deberán enjuiciarse por separado esas pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión en su contenido y posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión resulta o no justificada por la existencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso[637].

(iii) Vigilancia secreta policial:

La LO 1/1982, de 5 de mayo, considera como intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen[638]:

[635] STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 11.
[636] STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 6.
[637] STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 3.
[638] LO 1/1982 Art. 7.

- El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
- La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos.
- La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

(iv) Secreto profesional

El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y a fortiori, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho, sino un deber de ciertos profesionales que tienen una larga tradición legislativa (cfr. art. 263 LECr). Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (art. 360 del Código Penal), la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole. Pero también en este punto son aplicables algunas de las consideraciones anteriores. La exigencia de exigir las certificaciones del movimiento de las cuentas no viola en sí el secreto profesional, puesto que, como se ha advertido, en ellas sólo aparece la causa genérica de cada operación bancaria y no el contenido concreto de la relación subyacente. Tampoco vulneraría el secreto profesional el simple conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas por él en concepto de honorarios, ya que estos datos deben figurar en el libro de ingresos profesionales, de obligada llevanza y exhibición a la Inspección. La cuestión podría suscitarse si la Inspección, al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el cliente y, en este caso, el Abogado. Sólo entonces podría y debería negarse el contribuyente a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. Es posible también que no existiese acuerdo sobre cuál es la zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos.

Pero para eso están los Tribunales de Justicia. La cuestión, en último término, no puede resolverse de forma abstracta, sino sobre cada caso concreto[639].

La LO 1/1982, de 5 de mayo, considera como intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen[640] la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

(v) Secreto bancario

El secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el art. 18.1 de la Constitución, pues no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto, como la hay del secreto profesional. De forma que lo que se ha dicho antes sobre los límites del derecho a la intimidad es totalmente aplicable al caso en que sea la Entidad de crédito la obligada a facilitar los datos y antecedentes que requiera la Inspección[641].

1.3 Situaciones afectantes al Honor y reputación

El "honor", como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, el TC no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas. Dado que el derecho al honor posee un objeto determinado (el "honor"), y no se reduce a un simple derecho de reacción frente al incumplimiento de una prohibición constitucional de revelar o divulgar información sobre alguien, no se lesiona por el simple hecho de que un tercero, sea un particular o el Estado, realice determinadas conductas como las que consisten, justamente, en divulgar información u opinar sobre una persona. Es más, esa conducta puede ser ilícita o no estar protegida por el ejercicio de un derecho fundamental y, sin embargo, no lesionar el derecho al honor ajeno porque simplemente no ha mancillado su "honor" en los términos en los que éste viene definido constitucionalmente. En suma, el derecho al honor prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena, de modo que lo protegido por el art. 18.1 CE es la indemnidad de la apreciación que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquélla desearía tener. Y, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto

[639] STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 10.
[640] LO 1/1982 Art. 7.
[641] STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 11.

y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos o bienes constitucionales[642].

A pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, asociar el concepto de honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), "la cual -como la fama y aun la honra- consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación, lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas[643]

La LO 1/1982, de 5 de mayo, considera como intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen[644]:

- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

No cabe negar, en principio, que la difusión de la imagen de una persona en su condición de detenida, como en este caso representa al demandante de amparo la reseña fotográfica policial distribuida a los medios de comunicación, pueda dañar la reputación de esa persona, en cuanto conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación. Y, al no existir en este caso, en atención a las circunstancias concurrentes en el mismo, como ya se ha apuntado en relación con el derecho a la propia imagen, otros derechos o bienes constitucionales que pudieran justificar la intromisión en su honor que ha padecido el demandante de amparo, ha de estimarse también vulnerado este derecho fundamental como consecuencia de la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica que le fue tomada el día de su detención en dependencias policiales con destino a su ficha policial[645].

[642] SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FFJJ 4 y 5; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2.
[643] STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 5.
[644] LO 1/1982 Art. 7.
[645] STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12.

1.4 Situaciones afectantes a la identidad y autonomía.

No se integra en el art. 18 CE la protección de esta dimensión de la vida privada que integra el TEDH sobre el contenido del art. 8 CEDH, encontrándose dichas dimensiones garantizadas en diversos artículos de la CE como el art. 10 CE (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), 11 CE (nacionalidad), 12 CE (mayoría de edad), 16 CE (libertad ideológica, religiosa y de culto), 19 CE (residencia y libre circulación por el territorio), 32 CE (matrimonio) o 36 CE (regulación de las profesiones).

2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica

- CEDH – TEDH

1. El TEDH incluye bajo la protección de la vida privada, en determinadas circunstancias, a las actividades profesionales[646] o de naturaleza empresarial/comercial[647] desarrolladas por los individuos titulares del derecho reconocido en el art. 8 CEDH desde la perspectiva del derecho de un individuo a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, incluidas las relaciones de naturaleza profesional o comercial. Después de todo, es el transcurso de sus vidas profesionales cuando la mayoría de las personas tienen una oportunidad significativa de desarrollar relaciones con el mundo exterior[648]. Por ello, suelen ser injerencias en la privacidad de esos profesionales, administradores o empleados los que conforman el debate, bien de forma directa, bien de forma indirecta en relación al uso del resultado de la injerencia en procedimientos dirigidos frente al trabajador o profesional.

2. Hay una diferencia esencial entre el interés reputacional comercial de una empresa y la reputación de una persona, afectante a su estatus social. Mientras que el último caso puede tener repercusiones en la dignidad de la persona, los intereses de reputación comercial están carentes de esa dimensión moral[649].

Desde lo anterior, y junto con el interés público en un debate abierto sobre las prácticas empresariales, existe un interés concurrente en proteger el éxito comercial y la viabilidad de las empresas, en beneficio de los accionistas y los empleados y del crecimiento económico. Los Estados gozan de margen para proveer, conforme a su ordenamiento jurídico, de vías que permitan a las empresas aflorar la verdad y limitar los daños ante alegaciones que pongan en peligro su reputación[650]. Si los Estados deciden proporcionar a las personas

[646] STEDH (Gran Sala) Fernández Martínez c. España, de 12 de junio de 2014, apartado 110.
[647] STEDH (Gran Sala) Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia, de 27 de junio de 2017, apartado 130; STEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartado 29.
[648] SSTEDH (Gran Sala) Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia, de 27 de junio de 2017, apartado 130; Fernandez Martínez c. España, de 12 de junio de 2014, apartado 110; Bărbulescu c. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, apartado 71.
[649] STEDH UJ c. Hungría, de 19 de julio de 2011, apartado 22.
[650] STEDH Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania de 20 de noviembre de 1989, apartados 33 a 38; Kuliś and Różycki c. Polonia, de 6 de octubre de 2009, apartado 35.

jurídicas esa posibilidad de protección jurídica, es esencial que para salvaguardar la libertad de expresión (art. 10 CEDH) se provea a las partes de las garantías de un proceso justo y, en especial la igualdad de armas[651].

Así, y en este contexto, el análisis no se efectúa desde la puesta en valor por las empresas de injerencias en el art. 8 CEDH, sino que los debates se alcancen en el TEDH impulsados por quieres vertieron las alegaciones frente a las compañías y de alguna forma obtuvieron respuesta por parte del Estado, tratando de poner en valor la protección de la libertad de expresión (art. 10 CEDH[652]) ante el TEDH.

Lo anterior queda a salvo de las afectaciones que puedan tener sobre el honor de personas físicas vinculadas a una empresa (empresarios, directivos, accionistas o empleados) determinadas manifestaciones sobre esa empresa.

3. En relación al almacenamiento de datos de personas jurídicas, es necesario diferenciar:

3.1 El TEDH no ha negado pero tampoco reconocido a las personas jurídicas el derecho de autodeterminación informativa, que se proyecta sobre las personas físicas[653].

3.2 En relación a las previsiones del art. 3.2.b del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y la posible extensión de la aplicación a información relacionada con grupos de personas, fundaciones, empresas, corporaciones o cualquier otra entidad compuesta directa o indirectamente por persona, con independencia de si los mismos poseen o no personalidad jurídica, esta opción ha sido manifestada por Albania, Italia y Ucrania.

4. No se ha pronunciado el TEDH sobre si los secretos comerciales o de empresa quedan amparados por el derecho a la vida privada, en su dimensión de privacidad.

- CDFUE – TJUE

1. Vida privada

En general y en relación al ejercicio de las facultades de inspección en una empresa conferidas a la Comisión en materia de defensa de la competencia por el art. 20.4 del Reglamento 1/2003[654], constituye una injerencia evidente en el derecho de esta última al respeto de su **vida privada**, de su domicilio y de su

[651] STEDH Steel y Morris c. Reino Unido, de 15 de febrero de 2005, apartados 94 y 95.
[652] Por ejemplo PWC en STJUE (Gran Sala) Halet c. Luxemburgo, de 14 de febrero de 2023, apartados 108 y 109.
[653] STEDH (Gran Sala) Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia, de 27 de junio de 2017, apartados 8 y 137.
[654] Del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

correspondencia[655], por lo que procede examinar si la Decisión de la Comisión satisface los requisitos enunciados en el artículo 52, apartado 1, de la Carta y en el artículo 8, apartado 2, del CEDH[656].

Las medidas restrictivas como la inmovilización de todos los fondos y recursos económicos que sean pertenencia, sean propiedad, estén en poder o estén bajo el control de personas jurídicas, entidades u organismos que apoyen, material o financieramente, acciones que menoscaben o amenacen la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, constituyen medidas cautelares que suponen indudablemente una restricción del ejercicio del derecho de propiedad y afectan a la **vida privada** y a la libertad de empresa del demandante, por lo que son de aplicación las previsiones del art. 52.1 CDFUE[657].

2. Intimidad

Con expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH, señala el TJUE que no cabe considerar que el concepto de intimidad deba interpretarse en el sentido de que excluye las actividades profesionales o comerciales de las personas físicas y jurídicas, actividades que pueden comprender la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público[658]. Pero esa referencia debe entenderse con el alcance que le ha dado el TEDH, que es exclusivamente referido a la protección de su sede social, como se verá a continuación en el siguiente derecho analizado.

Para el TJUE el artículo 8 del CEDH (y el artículo 17 CDFUE) no pueden interpretarse en el sentido de que establecen una excepción automática al principio de la divulgación de los documentos elaborados en el marco de la actividad comercial de una entidad privada. En el supuesto de una solicitud de acceso formulada por un tercero a ese tipo de documentos, un examen concreto y efectivo de cada uno de ellos se impone salvo en los casos en los que el Tribunal de Justicia y el Tribunal General han admitido la existencia de una presunción general de negativa de acceso a los documentos en cuestión[659]. Así, puede ser necesario prohibir la divulgación de información calificada de confidencial, con el fin de preservar el derecho fundamental de una empresa al respecto de la vida privada, consagrado en el artículo 8 del CEDH y en el artículo 7 CDFUE que excluye la actividad comercial de una persona jurídica[660].

3. Honor

El TJUE ha resuelto el criterio para determinar la competencia judicial en el caso de demandas frente a la publicación de información y comentarios supuestamente

[655] STGUE České dráhy, a.s., T-325/16, de 20 de junio de 2018, apartado 169.
[656] STGUE Deutsche Bahn y otros/Comisión, T-289/11, T-290/11 y T-521/11, de 6 de septiembre de 2013, apartado 65.
[657] STGUE Arkady Romanovich Rotenberg, T-720/14, de 30 de noviembre de 2016, apartado 167.
[658] STJUE Varec, C-450/06, de 14 de febrero de 2008, apartados 47 y 48.
[659] STGUE Deza, a.s., T-189/14, de 13 de enero de 2017, apartado 163.
[660] Ibid. apartado 160.

inexactos o difamatorios de una persona jurídica en un sitio de Internet. Cuando la persona jurídica de que se trata desarrolla la mayor parte de sus actividades en un Estado miembro distinto del de su domicilio, cabe presumir que la reputación comercial de esta persona jurídica que puede verse afectada por la publicación controvertida es más importante en ese Estado miembro que en cualquier otro y que, en consecuencia, una eventual lesión de esta reputación se experimentará con mayor intensidad en él. En esta medida, los tribunales de dicho Estado miembro son los mejor situados para examinar la existencia y el posible alcance de esa supuesta lesión, máxime cuando su origen está en la publicación de información y comentarios supuestamente inexactos o difamatorios en un sitio de Internet destinado a profesionales, administrado en el Estado miembro en el que la persona jurídica afectada ejerce la mayoría de sus actividades, información y comentarios que, teniendo en cuenta la lengua en la que han sido redactados, están destinados esencialmente a ser comprendidos por las personas que residen en dicho Estado miembro[661] [662].

Al igual que el derecho de propiedad y la libertad de empresa, el derecho a la protección de su honor no constituye una prerrogativa absoluta y su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión. De este modo, la importancia de los objetivos perseguidos por las medidas restrictivas de que se trata puede justificar las consecuencias negativas que de ellas se deriven para el honor de las personas o entidades afectadas, aunque sean considerables[663].

---

[661] STJUE (Gran Sala) Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel AB, C-194/16, de 17 de octubre de 2017, apartados 41 y 42.

[662] En las Conclusiones del Abogado General del proceso, el mismo señala que "*los derechos de la personalidad también pueden concebirse como un instrumento para la protección efectiva de otros derechos fundamentales, más que como un fin en sí mismos. La protección de los derechos de la personalidad de las personas jurídicas da lugar a otros derechos de los que disfrutan, o constituyen el ejercicio necesario de esos derechos, tales como el derecho a la propiedad (artículo 17 de la Carta) o la libertad de empresa (artículo 16 de la Carta). Según esta lógica, la violación de los derechos de la personalidad de una sociedad, consistente en un ataque a su reputación y buen nombre, se traducirá directamente en una infracción de sus derechos económicos. Así pues, la protección efectiva de esos derechos económicos (de los que las personas jurídicas son, sin duda, titulares) también exige la protección de sus derechos de la personalidad. ¿Puede considerarse, como consecuencia de esta última justificación de la protección de los derechos de la personalidad de las personas jurídicas, que estos derechos sean inferiores o incluso inexistentes? Algunas de las observaciones formuladas durante este procedimiento parecen esgrimir este argumento moral y dan a entender, en esencia, que «si hay dinero de por medio, no merece que se protejan como derechos fundamentales». No estoy de acuerdo con ese punto de vista debido a tres motivos. En primer lugar, hay muchos más derechos, en su mayoría procesales, cuya protección no se considera un fin en sí mismo, sino un instrumento para salvaguardar otros derechos o valores. ¿Deberían considerarse esos derechos «inferiores»? En segundo lugar, ¿qué sucede con otros derechos sustantivos que están relacionados con la protección de, por ejemplo, valores «inferiores», tales como el derecho a la propiedad, el derecho a trabajar o la libertad de empresa? ¿También son derechos «inferiores desde un punto de vista moral»? En tercer lugar, aun compartiendo ese argumento moral, quod non, se privaría a las personas jurídicas que generan beneficios de la protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, ¿qué ocurriría con aquellas que no persiguen la obtención de beneficios? ¿Qué sucedería con las personas jurídicas sin ánimo de lucro, de las que se puede afirmar que su objeto es más «noble»?"*, Conclusiones de 13 de julio de 2017, Asunto c-194/16, de Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB, apartados 49 a 51.

[663] SSTGUE, DenizBank A.Ş., T-798/14, de 13 de septiembre de 2018, apartado 142; Al Matri/Consejo, T-545/13, de 30 de junio de 2016, apartados 167 y 168.

4. Datos

Determina el Considerando 14 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos que la protección otorgada por el Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales, **y que no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas** y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto.

El TJUE, con ocasión de la resolución de una cuestión prejudicial sobre la publicación de la información sobre los beneficiarios de ayudas agrícolas[664], señala que el respeto del derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal, reconocido por los artículos 7 y 8 CDFUE, se aplica a toda información sobre una persona física identificada o identificable, pero que las personas jurídicas sólo pueden acogerse a la protección de los artículos 7 y 8 de la Carta frente a dicha identificación en la medida en que en la razón social de la persona jurídica se identifique a una o varias personas físicas[665]. Desde lo anterior el TJUE propone, desde el análisis de proporcionalidad exigido por el art. 52.1 CDFUE[666], medidas alternativas a la publicación directa de los datos de personas físicas[667] y sin embargo y por lo que respecta a las personas jurídicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, en la medida en que puedan invocar los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta (en la medida en que en la razón social de la persona jurídica se identifique a una o varias personas físicas), procede considerar que la obligación de publicación impuesta por la normativa de la Unión cuya validez es objeto de controversia no sobrepasa

[664] Prevista por (i) el Reglamento (CE) nº 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común (DO L 209, p. 1), por (ii) el Reglamento (CE) nº 259/2008 de la Comisión, de 18 de marzo de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento nº 1290/2005 en lo que se refiere a la publicación de información sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DO L 76, p. 28), y por (iii) la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DO L 105, p. 54).

[665] STJUE (Gran Sala) Volker und Markus Schecke GbR y otros, C-92/09 y C-93/09, de 9 de noviembre de 2010, apartados 52 y 53.

[666] Ibid. apartado 74.

[667] "*Nada indica que, al adoptar el artículo 44 bis del Reglamento nº 1290/2005 y el Reglamento nº 259/2008, el Consejo y la Comisión hayan tomado en consideración otras formas de publicación de la información relativa a los beneficiarios afectados que respetasen el objetivo perseguido por dicha publicación y, al mismo tiempo, fueran menos lesivas para el derecho de tales beneficiarios al respeto de su vida privada, en general, y a la protección de sus datos de carácter personal, en particular, tales como la limitación de la publicación de los datos nominales de dichos beneficiarios en función de los períodos durante los cuales hubieran percibido ayudas, de la frecuencia de éstas o, incluso, del tipo y magnitud de las mismas*", STJUE (Gran Sala) Volker und Markus Schecke GbR y otros, C-92/09 y C-93/09, de 9 de noviembre de 2010, apartado 81.

los límites que impone el respeto del principio de proporcionalidad. En efecto, para las personas jurídicas, la gravedad de la lesión del derecho a la protección de sus datos de carácter personal se presenta de modo diferente que para las personas físicas. A este respecto es preciso recordar que las personas jurídicas ya están sometidas a una obligación acrecentada de publicación de los datos que les conciernen. Por otra parte, supondría una carga administrativa desmesurada para las autoridades nacionales competentes obligarlas a examinar, antes de publicar los datos de que se trata, si el nombre de cada persona jurídica beneficiaria de ayudas del FEAGA o del Feader identifica o no a alguna persona física[668].

Ni la Directiva (UE) 2016/680[669] ni la LO 7/2021, de 26 de mayo[670] consideran, en coherencia con el considerando 14 del Reglamento 2016/679, la protección de datos de las personas jurídicas con ocasión de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.

5. No se ha pronunciado el TJUE sobre si los secretos comerciales o de empresa quedan amparados por el derecho a la vida privada, en su dimensión de privacidad, pero si lo ha reconocido como un principio general [671] [672].

6. El TJUE determinó en relación a las inspecciones de la Comisión en materia de competencia que las normas que lo regulan protegen la confidencialidad de la correspondencia entre Abogados y clientes (aplicable indistintamente a todos los Abogados habilitados para ejercer en algún Estado miembro, cualquiera que sea el Estado de residencia del cliente[673]). En materia de competencia, esta protección tiene como efecto sustraer dichas comunicaciones a las facultades de investigación de la Comisión y oponerse a que esta base en ellas una decisión que impone una multa por una infracción del Derecho de la competencia de la Unión. Para que dicha confidencialidad pueda ser apreciada, el TJUE ha determinado que:

---

[668] STJUE (Gran Sala) Volker und Markus Schecke GbR y otros, C-92/09 y C-93/09, de 9 de noviembre de 2010, apartado 87.

[669] Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

[670] De protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

[671] STJUE Varec, C-450/06, de 14 de febrero de 2008, apartado 49; AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, 53/85, de 24 de junio de 1986, apartado 28; SEP/Comisión, C-36/92 P, de 19 de mayo de 1994, apartado 37.

[672] "*El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (véase, por analogía, la sentencia de 13 de julio de 2006, Mobistar, C-438/04, Rec. p. I-6675, apartado 40) y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo*", STJUE Varec, C-450/06, de 14 de febrero de 2008, apartado 52.

[673] STJUE AM & S Europe Limited, 155/79, de 18 de mayo de 1982, apartados 25.

- Por un lado, que se trate de la correspondencia mantenida en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente[674].

El propio Reglamento no 17 (actual Reglamento 1/2003[675] [676]), en su undécimo considerando y en su artículo 19 (art. 27.2 del Reglamento 1/2003), se preocupa por salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de defensa, del que la protección de la confidencialidad de la correspondencia entre Abogados y clientes constituye un complemento necesario. Para poder ser eficaz, esta protección debe entenderse en el sentido de que ampara de pleno Derecho cualquier correspondencia mantenida una vez ya incoado el procedimiento administrativo regulado en el Reglamento no 17, que puede dar lugar a una Decisión de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado o de imposición a la empresa de una sanción pecuniaria. La protección deberá poder extenderse igualmente a la correspondencia anterior relacionada con el objeto de dicho procedimiento[677].

- Por otro lado, **que se trate de Abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral**[678]:

a. La exigencia relativa a la situación y calidad de Abogado independiente que debe reunir el asesor legal del que emane la correspondencia protegible procede de la concepción de la función del Abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita. La contrapartida de esta protección es la disciplina profesional, impuesta y controlada en interés general por las instituciones habilitadas al efecto. Tal concepción responde a las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros y se encuentra igualmente en el ordenamiento jurídico comunitario, como se desprende del artículo 17 del Estatuto del Tribunal de Justicia CEE y CEEA, así como del artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia CECA[679].

b. El requisito de independencia implica la ausencia de cualquier relación laboral entre el abogado y su cliente, de modo que la protección con arreglo al principio de la confidencialidad no se extiende a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o de un grupo de empresas con abogados internos[680].

c. El concepto de independencia del abogado se determina de manera no sólo positiva, tomando como referencia las obligaciones derivadas de la disciplina profesional –negativa– haciendo hincapié en la inexistencia de una vinculación

[674] Ibid. apartados 21 y 22.
[675] Reglamento 1/2003 Art. 43.12.
[676] "*Aunque es cierto que el Reglamento nº 1/2003 llevó a cabo un gran número de modificaciones de las normas de procedimiento relativas al Derecho de la competencia de la Unión, dichas normas no contienen ningún indicio de que imponen una asimilación de los abogados que ejercen libremente su profesión y los abogados internos por lo que se refiere a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones, puesto que este principio no es, en absoluto, objeto de dicho Reglamento*", STJUE (Gran Sala) Akzo Nobel Chemicals Ltd, C-550/07 P, de 14 de septiembre de 2010, apartado 83.
[677] STJUE AM & S Europe Limited, 155/79, de 18 de mayo de 1982, apartados 23.
[678] Ibid. apartados 21, 22 y 27.
[679] Ibid. apartado 24.
[680] STJUE (Gran Sala) Akzo Nobel Chemicals Ltd, C-550/07 P, de 14 de septiembre de 2010, apartado 44.

mediante una relación laboral. Un abogado interno, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio y, consiguientemente, sometido a la disciplina profesional, no tiene el mismo grado de independencia respecto a su empresario que los abogados de un bufete externo respecto a sus clientes. En esas circunstancias, el abogado interno no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo[681].

d. Al consagrar el criterio de una asistencia legal prestada «con toda independencia» para definir el ámbito de aplicación personal de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes el Tribunal de Justicia ha identificado esa asistencia con la prestada por un abogado que, desde el punto de vista orgánico, jerárquico y funcional, tenga la condición de tercero en relación con la persona que se beneficia de dicha asistencia, identificación que es igualmente pertinente en el marco de la representación ante los tribunales de la Unión. Además, se ha declarado que el abogado de una parte (en el sentido del artículo 19, párrafo tercero, del Estatuto del TJUE), o parte no privilegiada, no debe mantener una relación personal con el asunto en cuestión o de dependencia con su cliente que comprometa su capacidad para cumplir su función esencial de auxiliar de la justicia de la manera más adecuada. En particular, el TGUE ha considerado que las relaciones económicas u orgánicas que el representante mantenga con su cliente no deben crear una confusión entre los intereses propios del cliente y los intereses personales de su representante[682].

e. A pesar del régimen profesional aplicable en el presente asunto en virtud de las disposiciones específicas del Derecho neerlandés[683], el abogado interno no puede, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, ser asimilado a un abogado externo, debido a la situación de asalariado en la que se encuentra, situación que, por su propia naturaleza, no le permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional. A ello hay que añadir que, en el marco de su contrato de trabajo, el abogado interno puede tener que ejercer otras tareas, en concreto, como sucede en el presente asunto, la de coordinador en materia de Derecho de la competencia, que pueden tener incidencia en la política comercial de la empresa. Pues bien, tales funciones no pueden sino reforzar los estrechos vínculos entre el abogado y su empresa. De ello se desprende que, debido tanto a la dependencia económica del abogado interno como a los estrechos vínculos con su empresario, el abogado interno no goza de una independencia profesional comparable a la de un abogado externo[684].

---

[681] Ibid. apartado 45.
[682] STGUE BikeWorld GmbH, T-702/15, de 20 de noviembre de 2017, apartado 34.
[683] "*De los ordenamientos jurídicos de los 27 Estados miembros de la Unión Europea no puede deducirse ninguna tendencia preponderante a favor de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones en el seno de las empresas o de los grupos de empresas con sus abogados internos*", STJUE (Gran Sala) Akzo Nobel Chemicals Ltd, C-550/07 P, de 14 de septiembre de 2010, apartado 55.
[684] Ibid. apartados 47 a 49.

- CE – TC

1. Privacidad / Intimidad

El ámbito de intimidad en su sentido originario, esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo es predicable de las personas físicas[685]. El derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la C.E., por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades Mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades quedará, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada[686]. Hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal -art. 17-, y el derecho a la intimidad familiar -art. 18-[687]. Las personas jurídicas pueden ostentar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, **pero no se les ha reconocido así el derecho a la intimidad en los mismos términos y sin matices que a las personas naturales, si bien no descarta el hipotético análisis de su titularidad**[688].

En esa línea, **el Pleno del TC ha señalado que la posible extensión a las personas jurídicas de la titularidad o de la protección que brinda el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE no puede ser completamente excluida**[689]. Con ocasión del recurso de inconstitucionalidad frente al Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, y, en concreto, frente a la creación de un registro de viviendas de titularidad de personas jurídicas privadas que se encuentren en situación de utilización anómala por su desocupación permanente o en situación de utilización asimilada (disposición adicional vigesimocuarta de la Ley del derecho a la vivienda), el TC señala que no se puede negar de modo absoluto que ese registro de viviendas vacías, modificado por el precepto impugnado, pueda afectar al derecho a la intimidad constitucionalmente protegido (art. 18.1 CE), con lo que se estaría reconociendo dicho derecho a las personas jurídicas. En el caso concreto no considera que exista inconstitucionalidad de la norma que crea dicho registro porque aun estando amparados los datos de naturaleza económica como los requeridos por el registro por el art. 18.1 CE, de acuerdo con la doctrina constitucional dicha intimidad debe admitir injerencias (al no ser un derecho absoluto), y en este caso la competencia en materia de vivienda de la Generalitat de Cataluña (art. 137 EAC) y el derecho de acceso a la vivienda del art. 47 CE legitiman al legislador catalán para establecer el registro de viviendas vacías para el ejercicio de sus funciones propias en el

[685] STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5.
[686] ATC 257/1985, de 17 de abril, FJ 2; STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; ATC 561/1989, de 27 de noviembre, FJ 1; STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 2.
[687] STC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 2.
[688] ATC 208/2007, de 16 de abril, FJ 3.
[689] STC 16/2021, de 28 de enero, FJ 9.

ámbito de sus competencias, de conformidad con el art. 8 de la vigente Ley Orgánica de protección de datos y recabar de este modo los datos que sean necesarios para el ejercicio de la competencia y adecuados para las legítimas finalidades previstas por ella[690].

2. Honor

Que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor supone una interpretación constitucionalmente adecuada del alcance subjetivo del derecho al honor que reconoce el art. 18.1 CE[691].

Aunque el honor "*es un valor referible a personas individualmente consideradas*", el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas[692]. En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la CE. A través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. La persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982)[693].

No cabe excluir a los partidos políticos de la protección que dimana del derecho al honor frente a aquellas afirmaciones y expresiones que los difamen o los hagan desmerecer en la consideración ajena[694].

---

[690] STC 16/2021, de 28 de enero, FJ 9.
[691] STC 183/1995, de 11 de diciembre, FJ 2.
[692] "*También es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa*", STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6.
[693] STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 5.
[694] STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 3.

3. Datos

No existen pronunciamientos del TC acerca de la titularidad de las personas jurídicas del derecho contenido en el art. 18.4 CE y los pronunciamientos del legislador no incluyen a las personas jurídicas de la protección del art. 18.4 CE[695].

La Sala Tercera del TS ha señalado que ante la desigualdad que ofrece la distinta realidad de las personas jurídicas frente a las personas físicas o humanas, la consecuencia de diferenciar su tratamiento normativo en determinados ámbitos del Derecho -como el de la protección de datos personales- resulta coherente. La inclusión indebida en un registro de insolvencia puede constituir intromisión ilegítima en el derecho al honor al tratarse de una imputación que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a la propia estimación, reconocimiento que sin embargo no habilita para permitir que su extensión alcance también a la protección de datos ante la distinta caracterización, naturaleza y personalidad de personas físicas y jurídicas[696].

E. Derecho fundamental al respeto del domicilio

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 8

1. El concepto de domicilio es un concepto autónomo que no depende de la clasificación que efectúen los ordenamientos nacionales[697]. Si una habitación constituye un domicilio bajo la protección del art. 8 CEDH depende de las circunstancias fácticas del caso concreto, principalmente la existencia de suficientes y continuos vínculos con un lugar específico y:

> 1. No está limitado a las propiedades de las que se es dueño o arrendador[698].
> 2. No está limitado a aquellas que estén correcta y legalmente soportadas[699], incluyendo los espacios ocupados de larga duración[700] y domicilios no tradicionales como caravanas[701] o bungalows[702] pudiendo incluir, aunque con matices, segundas residencias o de vacaciones[703].

---

[695] "*El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica*", art. 1.a) LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
[696] STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, recurso 3763/2013 de 24 de noviembre de 2014.
[697] STEDH (Gran Sala) Chiragov y otros c. Armenia, de 16 de junio de 2015, apartado 206.
[698] STEDH (Gran Sala) Menteş y otros c. Turquía, de 28 de noviembre de 1997, apartado 73.
[699] STEDH Buckley c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 1996, apartado 54.
[700] STEDH Brežec c. Croacia, de 18 de julio de 2013, apartados 35 y 36.
[701] STEDH (Gran Sala) Chapman c. Reino Unido, de 18 de enero de 2001, apartados 71 a 74.
[702] STEDH Winterstein y otros c. Francia, de 17 de octubre de 2013, apartado 141.
[703] SSTEDH Demades c. Turquía, de 31 de julio de 2003, apartados 31 a 34; Sharxhi y otros c. Albania, de 11 de junio de 2018, apartado 112.

Además, el TEDH señala que el término de la versión francesa "domicile" es más amplio que el término de la versión inglesa del CEDH ("home")[704], e incluye espacios distintos las casas privadas de individuos, alcanzando a locales comerciales o de negocio como:

1. La oficina de un profesional[705].
2. Una sede de un periódico[706].
3. Un despacho de abogados[707].
4. Una notaría[708].
5. Un despacho de un profesor universitario[709].
6. La sede registrada de una empresa[710].
7. La sede registrada de una persona jurídica[711].
8. Sucursales y locales comerciales[712].
9. La sede de una asociación[713].

2. Son supuestos de injerencia en el domicilio, en lo que a estos efectos interesa:

1. La entrada[714].
2. El registro[715]. En el caso del registro de despachos de abogados, que pueden dar lugar a la vulneración del secreto profesional, determina el TEDH que:
   a. Debe desarrollarse en su adopción y ejecución conforme a reglas claras y precisas[716].
   b. Debe desarrollarse bajo la supervisión de un profesional legal independiente suficientemente cualificado cuya tarea consistirá en identificar qué documentación se encuentra cubierta por el secreto profesional y no debe ser objeto de registro o incautación[717]. La

[704] STEDH Stes Colas y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 40.
[705] SSTEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartados 31 y 32; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31.
[706] STEDH Saint-Paul Luxembourg S.A., de 18 de abril de 2013, apartados 37 y 38.
[707] SSTEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartados 31 y 32; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31; Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH, de 16 de octubre de 2007, apartados 44 a 46; Leotsakos c. Grecia, de 4 de octubre de 2018, apartados 37 a 40.
[708] STEDH Popovi c. Bulgaria, de 9 de junio de 2016, apartado 101 y 103.
[709] Decisión TEDH Steeg c. Alemania, de 3 de junio de 2008.
[710] SSTEDH Stes Colas y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 40.; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31.
[711] SSTEDH Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31.
[712] SSTEDH Stes Colas y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 40; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31; Erduran and Em Export Dış Tic. A.Ş. c. Turquía, de 20 de noviembre de 2018, apartado 78.
[713] STEDH Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev, de 28 de junio de 2007, apartado 60.
[714] SSTEDH Kucera c. Slovakia, de 17 de julio de 2007, apartado 119; Gutsanovi c. Bulgaria, de 15 de octubre de 2013, apartado 217.
[715] SSTEDH Erduran and Em Export Dış Tic. A.Ş. c. Turquía, de 20 de noviembre de 2018, apartado 78; Murray c, Reino Unido, de 28 de octubre de 1994, apartados 84 y 86.
[716] STEDH Petri Sallinen y otros c. Finlandia, de 27 de septiembre de 2005, apartado 90.
[717] STEDH Iliya Stefanov c. Bulgaria, de 22 de mayo de 2008, apartado 43.

presencia del Presidente del Colegio de Abogados en el registro de un despacho es una especial garantía procesal, pero es insuficiente en sí misma[718].

c. Debe ir acompañado de garantías específicas y especiales que permitan al abogado acceder a un recurso que permita la revisión efectiva de la medida[719].

3. La incautación de efectos[720].
4. El decomiso[721].
5. La destrucción deliberada[722].

3. Requisitos para una injerencia no arbitraria en el domicilio (art. 8.2 CEDH)

Acudir, con carácter general. al comentario del apartado "*2. Requisitos para una injerencia no arbitraria en la vida privada (art. 8.2 CEDH)*" y a los necesariamente concurrentes requisitos del art. 8.2 CEDH (2.1. Medida prevista por la Ley; 2.2. Legitimidad del fin; y 2.3 Necesidad de la medida en una sociedad democrática).

Ha considerado como fines legítimos (i) la protección de la competencia en los mercados[723], (ii) la supresión de la evasión fiscal[724]; (iii) la búsqueda de pruebas circunstanciales y materiales en procesos penales[725], (iv) proteger los derechos y libertades de otros en el contexto de la lucha contra el doping en el deporte[726].

- CDFUE – TJUE: art. 7 CDFUE

Reconocido en el art. 7 CDFUE[727], de acuerdo con las explicaciones sobre la CDFUE los derechos garantizados en el art. 7 corresponden a los que garantiza el artículo 8 del CEDH. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que en el artículo correspondiente del CEDH. Como consecuencia de ello, las limitaciones de que puede ser objeto legítimamente son las mismas que las toleradas en el marco del referido artículo 8[728].

El TJUE ha prestado atención al domicilio en procesos de desahucio hipotecario, tanto desde la perspectiva del consumidor como de su familia[729].

---

[718] STEDH André y otro c. Francia, de 24 de julio de 2008, apartados 42 a 46.
[719] Xavier Da Silveira c. Francia, de 21 de junio de 2010, apartados 37, 42 y 48.
[720] STEDH Chappel c. Reino Unido, de 30 de marzo de 1989, apartado 51.
[721] Decisión TEDH Aboufadda c. Francia, de 4 de noviembre de 2014, apartado 38.
[722] STEDH (Gran Sala) Akdivar y otros c. Turquía, de 19 de septiembre de 1996, apartado 88.
[723] STEDH Delta Pekárny a.s c. República Checa, de 2 de octubre de 2014, apartado 81.
[724] STEDH K.S. et M.S C. Alemania, de 6 de octubre de 2016, apartado 48.
[725] STEDH Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH, de 16 de octubre de2007, apartado 55.
[726] STEDH Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS), de 18 de junio de 2018, apartados 165-166.
[727] "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*".
[728] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[729] STJUE Monika Kušionová, C-34/13, de 10 de septiembre de 2014, apartados 60 a 69.

- CE – TC: art 18.2 CE

Contenido en el art. 18.2 CE[730] [731], la inviolabilidad domiciliaria es de los derechos fundamentales que definen su estatuto procesal básico, su más propio entorno jurídico, al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales[732].

El domicilio, lugar de residencia habitual, según definición legal (art. 40 C.C.), acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea y, por ello, su protección tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada[733]. La idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho Privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona[734]. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 CE) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (artículo 18.1 CE). Todo ello obliga a mantener, por lo menos prima facie un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo[735] [736],

[730] "*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*".

[731] Y modulado por el art. 17.1 de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que permite, en caso de existir la autorización del Congreso al acordar la declaración del estado de excepción, inspecciones y registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden publico.

[732] STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 7.

[733] STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5.

[734] "*El inmueble registrado se hallaba situado en la cuarta planta de una céntrica calle de la ciudad de Madrid; su configuración física y su destino natural era el de vivienda; se hallaba cerrado -hubo de accederse con la llave del portero de la finca-, y en él se hallaron efectos que denotan que en el mismo se realizaba vida privada -como ya se ha dicho se encontraron varias fotografías del recurrente, el contrato de alquiler de la propia vivienda, una agenda con anotaciones personales y varios documentos de identidad en blanco-. Este cúmulo de datos pone de relieve que el lugar cerrado, por dos veces registrado, era un espacio apto para desarrollar vida privada en el que la misma se había desarrollado anteriormente con una u otra intensidad y periodicidad, Dicho de otro modo, ha de ser considerado un "domicilio" a efectos de protección constitucional, porque en él era posible que la persona o personas que tenían su posesión y disfrute, es decir legítimo acceso y uso, vivieran sin estar sujetos necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima*", STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5.

[735] STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2.

[736] De acuerdo con el contenido del art. 5 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que "*los miembros de la Guardia Civil tienen garantizados los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico. A estos efectos el pabellón que tuviera asignado el Guardia Civil en su unidad se considerará domicilio habitual*".

ambos funcionales a otros fines distintos de la protección de la intimidad y la vida privada, y no admite concepciones reduccionistas que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación[737]. El rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada. El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquéllos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquéllos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos

[737] STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5.

revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros[738] [739] [740].

La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su "inviolabilidad" en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte "exento de" o "inmune a" cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos[741]. La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia

[738] STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 7.

[739] "*Precisado en estos términos el concepto constitucional de domicilio, se ha de otorgar la razón al órgano judicial cuestionante en cuanto a que las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines. En el caso origen del proceso penal pendiente, no existen dudas de que los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituían en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada. Desde esta perspectiva, ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito. La consideración de las habitaciones de los hoteles como domicilio de quienes se alojan en ellas a efectos de la protección que el art. 18.2 CE establece para el domicilio coincide, por lo demás, con la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*", STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 8.

[740] "*En atención a todo ello se ha de concluir que el art. 557 LECrim es contrario al art. 18.2 CE por cuanto que excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que la entrada y registro en las mismas requieran autorización judicial. La cuestión a precisar ahora es si, como sostiene el Fiscal General del Estado, la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se satisface con una declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto o exige la declaración de la inconstitucionalidad de toda la disposición. Si suprimimos las expresiones señaladas por el Fiscal General del Estado, el tenor literal del precepto rezaría: "Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren ... en ellas... ; y lo serán ... de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada". Procede, no obstante, declarar la inconstitucionalidad de toda la disposición cuestionada —art. 557 LECrim— y no sólo de los incisos propuestos por el Fiscal General del Estado, pues, como ha quedado expuesto, no cabe una interpretación del precepto conforme al art. 18.2 CE, y, si bien el principio de conservación del Derecho al que también sirve el de interpretación conforme podría avalar la inconstitucionalidad parcial del precepto, es lo cierto que la protección de la inviolabilidad de las habitaciones de los hoteles, así como la exclusión de la necesidad de autorización judicial para los registros de dichos establecimientos de hostelería cuando en los mismos se realizan otras actividades no privadas o en las partes de ellos no destinadas a vida privada y abiertos al público, deriva directamente del propio art. 18.2 CE, así como del concepto de domicilio del art. 554.2 LECrim*", STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 10.

[741] STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5.

en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular[742] o resolución judicial[743]; de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo[744] [745].

Existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro (art. 18.1 y 2 C.E.). Sin embargo, este derecho fundamental no es absoluto y limita con los demás derechos y los derechos de los demás y, por ello su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias como son el consentimiento del titular, estar cometiéndose un delito flagrante y la autorización judicial, a guisa de garantía. Esta autorización, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de este, con la limitación consiguiente del derecho fundamental. La Constitución es parca en su expresión, como conviene a su naturaleza de ley suprema pero no única, coronamiento de un ordenamiento jurídico para el desarrollo de sus principios y valores. El art. 18.2 exige tan solo una autorización judicial, sin ocuparse de precisar cuál haya de ser el Juez competente para darla ni el procedimiento a seguir. A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial tampoco la regula por completo. Tan solo contempla

---

[742] "*En una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes. […] de modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho. [8] Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido. [9] La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE*", STC 22/2003, de 10 de febrero, FFJJ 7 a 9..

[743] STC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5.

[744] SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5.

[745] "*El contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro*", STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 3.

las potestades administrativas de autotutela, tanto la ejecutoria como más cercanamente la ejecutiva, por referirse a los supuestos de ejecución forzosa de actos de la Administración (art. 87.2) y encomienda la función tuitiva a los Jueces de Instrucción, encuadrados en el orden penal, quizá porque en este se producen con habitualidad situaciones análogas para la investigación policial. El Juez, por otra parte, actúa no para controlar la legalidad y ejecutividad del acto administrativo, bastando la mera apariencia de tal, sino de la entrada domiciliaria, excepción de la inviolabilidad, para lo cual ha de comprobar que se identifica al sujeto pasivo de la medida, así como que la entrada es realmente necesaria para la efectividad de la ejecución forzosa de la decisión administrativa una vez hecho lo cual ha de adoptar las medidas precautorias imprescindibles a fin de garantizar que la irrupción se produzca sin más menoscabo de la inviolabilidad que el estrictamente conducente a su finalidad. La autorización judicial no es, por tanto, automática y exige un análisis de las circunstancias ya mencionadas, habiendo de ser motivado no solo como carga inherente a su propia naturaleza formal sino a su contenido, consistente en la limitación de un derecho fundamental[746] [747].

La Ley de Enjuiciamiento Criminal se pronuncia, desde 1882, para los registros domiciliarios dentro de la fase de instrucción en causas por delitos. Allí se impone la necesidad de notificar personalmente al titular del domicilio el Auto que autorice la entrada, inmediatamente o dentro de las 24 horas siguientes, haciendo constar si tendrá lugar tan sólo de día exigiendo si ha de practicarse en la noche una resolución especial ad hoc, y estableciendo la suspensión de la pesquisa cuando no hubiera terminado al llegar el crepúsculo, así como la unidad de acto, sin solución de continuidad, con expresión de la Autoridad o funcionario, que haya de practicarlo y levantándose acta en la cual consten quienes hayan asistido, las horas de principio y fin, la relación del registro por el orden que se haga, con sus incidentes, así como los resultados obtenidos (arts. 550, 558, 566, 570, 571 y 572 LECr). Estos mandamientos se resumen en el que veda las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario y adoptando todo género de precauciones para no comprometer su reputación, con el respeto de sus secretos si no interesaran a la instrucción (art. 552 LECr)[748]. Y, en sentido análogo, el art. 187 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad. En esta, por medio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 569) no en la Constitución, se exige la presencia del Secretario Judicial para tal diligencia probatoria. Por ello, su ausencia no afecta a la inviolabilidad del

[746] STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5.

[747] "*La lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio se habría producido, obviamente, si se hubiera utilizado la autorización judicial más allá del límite temporal expresado en la misma (exceso temporal en la ejecución), mas, al margen de esta cuestión fáctica, la lectura de las actuaciones pone de manifiesto que la práctica del segundo registro no se efectuó en las mismas circunstancias que justificaron la primera autorización judicial, por lo que su realización no podía fundamentarse en las mismas razones tenidas entonces en cuenta. La conclusión es que en ningún caso el segundo registro podría quedar habilitado por la misma resolución judicial que autorizó el primero*", STC 94/1999, de 32 de mayo, FJ 5.

[748] STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.

domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial, ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial en sus diferentes facetas. En definitiva, el incumplimiento de la norma procesal donde se impone ese requisito no transciende al plano de la constitucionalidad y sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba. No se trata, en este caso, de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y, por ello, rechazables de plano sino de una prueba irregular, cuya validez ha de ser enjuiciada en su sede propia, la judicial.[749].

Figuran previsiones legales de posibles injerencias en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria:

- En procedimientos civiles, en relación a medios de prueba, art. 261 la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- En procedimientos civiles en materia de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia y en relación al acceso a fuentes de prueba, art. 283 bis g. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- La decisión judicial de proceder al desalojo de los ocupantes que puede adoptarse en el proceso sumario para la recuperación de la posesión de la vivienda instituido por la Ley 5/2018, si aquellos no hubieran justificado suficientemente su situación posesoria y siempre que el título que el actor hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para acreditar su derecho a poseer, no constituye una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado por el art. 18.2 CE. Antes al contrario, esa intervención judicial conforme al procedimiento legalmente previsto integra la garantía que ese precepto constitucional establece[750].
- De forma genérica, y para la ejecución forzosa de decisiones administrativas que requieran efectuarse en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, art. 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y arts. 18.3 y 100 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y sobre la competencia judicial para autorizarlo[751], el art. 8.6 de la

[749] STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4.
[750] STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 4.
[751] *"En relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, que es el supuesto que ahora interesa, este Tribunal ha señalado, STC 139/2004, de 13 de septiembre, FJ 2: [Q]ue al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el Juez de Instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (art. 8.5 LJCA) —actual 8.6 LJCA— pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. Como ha señalado este Tribunal (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), en estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es*

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

- En relación a la actividad de inspección del cumplimiento de las obligaciones tributarias, los arts. 113 y 142 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Para la entrada y reconocimiento en el domicilio de las personas naturales, cuyas acepciones civil y fiscal coinciden sustancialmente (arts. 40 CC y 48 LGT) resulta imprescindible "la obtención del oportuno mandamiento" judicial si no mediara consentimiento del interesado. Lo dicho pone de manifiesto que la inviolabilidad del domicilio encuentra uno de sus límites en el supuesto de la función inspectora de la Hacienda Pública, con el respaldo legal suficiente, siempre que a su vez se recabe la autorización judicial[752].
- En materias de inspección de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, art. 27.2.a y 27.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- En materia de defensa de la competencia en el art. 40.2.a y 40.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- En relación a la actividad inspectora de la Agencia Española de Protección de Datos, art. 53.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- En materia de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, art. 124.3 Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- En materia de expropiación, tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del artículo 18.2 de la Constitución Española, los

---

posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto [SSTC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3 a); 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3; 69/1999, de 26 de abril; y 136/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4]. Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4). Por ello las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurran, pues, como se señala en la STC 69/1999, de 29 de abril, FJ 4, los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes", STC 188/2013, de 4 de noviembre, FJ 2.

[752] STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 6.

locales cerrados sin acceso al público, art. 51 párrafo 2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa[753].

- En materia de marina mercante, sobre el acceso a los buques, superficies e instalaciones objeto de concesión o autorización situadas en la zona de servicio de los puertos o a los buques y plataformas de pabellón español o, con las limitaciones, en su caso, establecidas en los Convenios Internacionales suscritos por España, a los de pabellón extranjero que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción en que hubieran de realizarse las comprobaciones y actuaciones correspondiente, art. 317.2 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
- En materia de inspección de materia de telecomunicaciones, art. 73.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- En materia de inspección de las actividades ferroviarias y defensa de las infraestructuras, Art. 104.7.a) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario.
- En materia de defensa de la competencia en el art. 40.2.a y 40.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- En el art. 94.3.a del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en relación a las actuaciones de la Policía de Aguas.
- El art. 5.3 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que determina que el jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en los mismos, cuando lo exija la

[753] La modificación de los arts. 51 y 52 de la Ley de Expropiación Forzosa por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social fue objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 1756-2003, interpuesto por 85 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, por afectar a derechos fundamentales y no haberse desarrollado mediante Ley Orgánica, resolviendo el TC en su STC 120/2014, de 17 de julio (FJ 7) la constitucionalidad de la redacción de los arts. 51 y 52 dada por la Ley 53/2002 señalando que "*dicho motivo de inconstitucionalidad tampoco puede ser acogido pues, precisamente, los inmuebles a los que se refieren los Diputados recurrentes no pueden ser considerados domicilio a los efectos del art. 18.2 CE, y, por tanto, la regulación de su entrada no requiere de aprobación mediante ley orgánica (art. 81 CE). En efecto, este Tribunal ya ha dicho que "[e]l domicilio, lugar de residencia habitual, según definición legal (art. 40 CC), acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea (STC 82/1984) y, por ello, su protección tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada. Existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro (art. 18.1 y 2 CE)" (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5). El hecho de que el legislador haya otorgado especial protección a la entrada en los locales cerrados sin acceso al público, no necesariamente conlleva el reconocimiento de esa misma protección para los demás locales. Únicamente aquellos espacios que merecieran la consideración de domicilio, son los que se encuentran cubiertos por las garantías establecidas en el art. 18.2 CE, el cual establece que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". Tampoco cabe aceptar que el reconocimiento de una especial protección a una situación no amparada por el art. 18 CE, implique la necesidad de que ésta deba ser aprobada mediante ley orgánica".*

investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo.

- Atendiendo a lo dispuesto en el art. 18.2 CE, la autorización judicial para que los agentes forestales puedan acceder a los montes o terrenos forestales, públicos o privados, se precisaría únicamente en aquellos supuestos —sin duda excepcionales— en que así lo exigiere el respeto al derecho a la inviolabilidad del domicilio (siempre que no se contase con el consentimiento del titular)[754].

2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica

• CEDH – TEDH

El TEDH ha extendido la protección del domicilio del art. 8 CEDH a locales y efectos de personas jurídicas y las mismas podrán solicitar la protección del TEDH[755].

Sin embargo, y en relación a la valoración de la arbitrariedad o no de la injerencia desde la perspectiva de la necesidad de la medida, el TEDH señala que el marco de valoración que se deja a los Estados sobre la necesidad de la medida en una sociedad democrática de la injerencia en el domicilio que afecte a personas jurídicas es mayor que el de los particulares. Pero en cualquier caso, el TEDH no sólo valorará si el Estado ha utilizado esa autonomía de valoración de buena fe, con cuidado y sensatez, sino si el principio de proporcionalidad se respetó[756]. Los criterios que el TEDH tiene en cuenta para valorar esta proporcionalidad son, entre otros, las circunstancias en las que la orden de registro fue librada y en particular que otras pruebas existían en ese momento, el contenido y alcance de la orden, la manera en la que se desarrolló, incluyendo la presencia de observadores independientes, y la repercusión en el trabajo y reputación de la persona afectada por el registro[757].

• CDFUE – TJUE

En la medida en que el ejercicio de las facultades de inspección conferidas a la Comisión en materia de defensa de la competencia por el art. 20.4[758] del

---

[754] STC 214/2015, de 22 de octubre, FJ 5.

[755] STEDH Stes. Colas Est y otras c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 41: "*sobre la base de la interpretación dinámica del Convenio, el Tribunal considera que* ***ha llegado el momento de sostener que en ciertas circunstancias los derechos garantizados por el Artículo 8 de la Convención pueden interpretarse como incluyendo el derecho al respeto por la sede registrada de una empresa, sus sucursales u otras instalaciones comerciales***".

[756] SSTEDH Delta Pekárny a.s c. República Checa, de 2 de octubre de 2014, apartado 82; Smirnov c. Rusia, de 7 de junio de 2007, apartado 44; Société Canal Plus y otros c. Francia, de 21 de diciembre de 2010, apartado 54.

[757] SSTEDH Chappell c. Reino Unido, de 30 de marzo de 1989, apartado 60; Funke c. Francia de 25 de febrero de 1993, apartado 57; Smirnov c. Rusia, de 7 de junio de 2007, apartado 44.

[758] Determina el art. 20.2 del Reglamento que "*Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección estarán facultados para:*
a) acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas;

Reglamento 1/2003[759] en una empresa constituye una injerencia evidente en el derecho de esta última al respeto de su vida privada, de su domicilio y de su correspondencia[760], procede examinar si la Decisión de la Comisión satisface los requisitos enunciados en el artículo 52, apartado 1, de la Carta y en el artículo 8, apartado 2, del CEDH[761].

Cuando la Comisión realiza una inspección en los locales de una empresa en virtud del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, está obligada a limitar su indagación a las actividades de dicha empresa relacionadas con los sectores indicados en la decisión por la que se ordena la inspección y, por consiguiente, una vez que ha comprobado, tras efectuar su examen, que un documento o una información no están comprendidos en dichas actividades, debe abstenerse de utilizarlos para su investigación. Si la Comisión no estuviera sujeta a dicha limitación, en primer lugar, en la práctica, cada vez que tuviera indicios que le permitieran sospechar que una empresa ha infringido las normas sobre competencia en un ámbito concreto de sus actividades, podría realizar una inspección sobre la totalidad de dichas actividades cuyo fin último sería detectar la existencia de cualquier infracción de las citadas normas sobre competencia que la empresa pudiera haber cometido**, lo que resulta contrario a la protección de la esfera de actividad privada de las personas jurídicas garantizada como un derecho fundamental en una sociedad democrática.** Además, la obligación de la Comisión de indicar la finalidad y el objeto de la inspección en las decisiones adoptadas en virtud del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 tendría un objetivo meramente formal si estuviera definida según sugiere la Comisión. La jurisprudencia según la cual dicha obligación tiene principalmente por objeto permitir a las empresas afectadas comprender el alcance de su deber de colaboración se vulneraría en la medida en que dicha obligación se extendería sistemáticamente a todas las actividades de las empresas de que se trate[762]. Además, se debe disponer de indicios suficientemente fundados que pudiera utilizar legítimamente, so pena de anulación judicial de la resolución[763].

---

b) examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material;
c) hacer u obtener copias o extractos en cualquier formato de dichos libros o de la documentación;
d) colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección;
e) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relativas al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas".

[759] Del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
[760] STGUE České dráhy, a.s., T-325/16, de 20 de junio de 2018, apartado 169.
[761] STGUE Deutsche Bahn y otros/Comisión, T-289/11, T-290/11 y T-521/11, de 6 de septiembre de 2013, apartado 65.
[762] STGUE Nexans France SAS, T-135/09, de 14 de noviembre de 2012, apartados 64 a 66.
[763] SSTJUE Intermarché Casino Achats SARL, C-693/20 P, de 9 de marzo de 2023, apartado 142; Casino, Guichard-Perrachon SA y otros, C-690/20 P, de 9 de marzo de 2023, apartado 122.

- CE – TC

No cabe colegir la realidad de pronunciamiento alguno, y tampoco de la emisión de razonamientos, por parte del TC (en 1985), encaminados a eliminar a las personas jurídicas de la protección que respecto del domicilio, mediante su inviolabilidad, brinda el art. 18.2 CE, quedando por supuesto libre en absoluto el Tribunal, en cuanto a las mismas, llegada la hora de ser preciso dilucidar cuanto afecta a este aspecto del derecho fundamental considerado[764].

Ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, **lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas**. Este es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, en Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que -suele ponerse de relieve- también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades. En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo[765].

Respecto a las personas jurídicas, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada, lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, sin embargo, que éstas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena. Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto

[764] STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2.
[765] Ibid. FJ 3.

morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. La protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros. Excluye el TC de la consideración del domicilio: Locales comercial abierto al público y locales, aun de acceso sujeto a autorización, donde se lleva a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad o de un establecimiento ni sirva a la custodia de su documentación[766].

Esas diferencias entre las personas físicas y jurídicas son trasladadas por el TC al análisis de la proporcionalidad de la medida, eso si ya desde la necesaria autorización judicial (que se pronuncie desde esa proporcionalidad). Si la estructura del juicio de proporcionalidad pasa por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto, será en este último elemento del juicio en el que vista la relación entre fines perseguidos, medida adoptada y derecho fundamental afectado, será posible integrar el peculiar modo en que se configura el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando su titular es una entidad mercantil[767]. La menor intensidad de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas -y más concretamente de una sociedad mercantil adopta perfiles característicos que le alejan de los criterios rectores del proceder judicial de supuestos en los que, bien por la intensidad de aflicción que la medida suponga para el derecho en cuestión, bien por tratarse del núcleo esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es la preservación de la intimidad personal y familiar, el canon de enjuiciamiento deba ser mucho más estricto[768].

Así, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo a las personas jurídicas[769], si bien no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto "de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo"[770].

En el marco del derecho administrativo sancionador, el TC considera que se vulneró el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria las personas

[766] STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2.
[767] Ibid. FJ 4.
[768] Ibid. FJ 5.
[769] SSTC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 2; 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5.
[770] SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 160/1991, de 16 de julio, FJ 8, y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5, entre otras

jurídicas por la obtención del consentimiento a la entrada sin advertencia de los derechos de la persona jurídica a sus administradores a oponerse a la misma, y declara que la diligencia derivada (obtención en la entrada de un archivo informático con facturas telefónicas) resulta viciada por su conexión con la prueba obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio[771].

F. Derecho fundamental al respeto de la correspondencia

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 8 CEDH

1. El derecho al respeto a la correspondencia tiene por fin proteger la confidencialidad de las comunicaciones en un amplio rango de diferentes situaciones comunicativas que abarcan:

- Cartas[772].
- Notas de papel[773]
- Conversaciones telefónicas[774].
- Información asociada a esas conversaciones (fecha, duración, números)[775].
- Envíos de paquetes[776].
- Emails[777].
- Monitorización del uso de internet[778].
- Datos almacenados en servidores[779], en discos duros[780] y en soportes móviles[781].
- En desuso, como telex[782], pagers[783] y transmisiones privadas de radio[784].

Las situaciones comunicativas abarcadas por el art. 8.1 CEDH en relación a los anteriores medios abarcan las de carácter privado, familiares[785], Ciberacoso o

[771] STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 6.
[772] STEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartado 32.
[773] STEDH Laaurent c. Francia, de 24 de mayo de 2018, apartado 36.
[774] SSTEDH (Gran Sala) Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000, apartado 44; (Gran Sala) Zakharov c. Rusia, de 4 de diciembre de 2015, apartado 173.
[775] STEDH P.G. y J.H. c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001, apartado 42.
[776] Decisión TEDH X c. Reino Unido, de 12 de octubre de 1978.
[777] STEDH (Gran Sala) Bărbulescu c. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, apartado 72.
[778] SSTEDH (Gran Sala) Bărbulescu c. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, apartado 72; Coplaand c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007, apartado 41.
[779] STEDH Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria, de 16 de octubre de 2007, apartado 45.
[780] STEDH Petri Sallinen y otros c. Finlandia, de 27 de septiembre de 2005, apartado 71.
[781] STEDH Iliya Stefanov c. Bulgaria, de 22 de mayo de 2008, apartado 42.
[782] Decisión TEDH Cristie c. Reino Unido, de 27 de junio de 1994.
[783] STEDH Taylor-Sabori c. Reino Unido, de 22 de octubre de 2002, apartados 17 y 19.
[784] Decisión TEDH X e Y c. Bélgica, de 13 de mayo de 1982, apartado
[785] STEDH Margareta y Roger Andersson c. Suecia, de 25 de febrero de 1992, apartados 95 a 97.

ciber-vigilancia por parte de la pareja íntima de una persona[786], laborales[787], profesionales[788] y empresariales o corporativas[789].

2. Son supuestos de injerencia en la correspondencia, en lo que a estos efectos interesa:

- De forma genérica, cualquier forma de censura, interceptación, monitoreo, captura o cualquier otro obstáculo en la comunicación quedan abarcados por el art. 8 CEDH, incluyendo la prohibición o evitación del inicio de la correspondencia[790].
- Son injerencias la interceptación de la correspondencia[791], realizar copias[792], desgajar o eliminar pasajes[793], interceptar o grabar conversaciones personales o empresariales telefónicas[794], los registros de los actos de comunicación telefónica[795], almacenamiento de los datos de uso del teléfono, email e internet[796], el reenvío de comunicaciones a terceros[797], la copia de ficheros digitales incluidas las de las empresas[798]. El contenido y la forma de la correspondencia es irrelevante a los efectos de considerar la existencia de una injerencia[799], sin que exista una regla de perjuicio o intensidad mínimas siendo suficiente (i.e.) en el caso de una carta el abrirla[800].
- Los intercambios entre abogado y cliente que consistan en correspondencia, poseen una protección reforzada[801].

Esas injerencias (generales o particulares) pueden ser desarrolladas por las autoridades directa o indirectamente, considerando el TEDH que una contribución crucial de las autoridades a una injerencia desarrollada por un individuo particular equivale a una injerencia de una autoridad pública[802].

3. Junto con la prohibición de las injerencias arbitrarias no abarcadas por el art. 8.2 CEDH, el art. 8.1 CEDH también incorpora en este punto obligaciones positivas como asegurar la no difusión pública de conversaciones privadas[803],

[786] STEDH Buturugă c. Rumanía, de 11 de febrero de 2020, apartado 74.
[787] STEDH Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007, apartados 48 y 49.
[788] STEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartado 32.
[789] STEDH Foxley c. Reino Unido, de 20 de junio de 2000, apartados 30 y 43.
[790] STEDH Golder c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975.
[791] STEDH Campbell c. Reino Unido de 25 de marzo de 1992, apartado 33.
[792] STEDH Foxley c. Reino Unido, de 20 de junio de 2000, apartado 30.
[793] STEDH Pfeifer y Plank c. Austria, de 25 de febrero de 1992, apartado 43.
[794] STEDH (Gran Sala) Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000, apartado 45.
[795] STEDH P.G. y J.H. c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001, apartado 42.
[796] STEDH Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007, apartado 44.
[797] STEDH Luordo c. Italia, de 17 de julio de 2003, apartados 72, 73 y 75.
[798] STEDH Bernh Larsen Holding AS y otros c. Noruega, de 14 de marzo de 2013, apartado 106.
[799] STEDH A c. Francia, de 23 de noviembre de 1993, apartados 35 a 37.
[800] STEDH (Gran Sala) Idalov c. Rusia, de 22 de mayo de 2012, apartado 197.
[801] SSTEDH Visy c. Slovakia, de 16 de octubre de 2018, apartado 39; Vinci Construction y Gtm génie civil et services c. Francia, de 2 de abril de 2015, apartado 68; Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012, apartado 117; André y otro, de 24 de julio de 2008, apartado 41.
[802] SSTEDH A c. Francia, de 23 de noviembre de 1993, apartado 36; Van Vondel c. Paises Bajos, de 25 de octubre de 2007, apartado 49; M.M. c. Paises Bajos, de 8 de abril de 2003, apartado 39.
[803] STEDH Craxi (No. 2) c. Italia, de 17 de julio de 2003, apartados 68 a 76.

proporcionar a los presos de los materiales necesarios para comunicarse con el TEDH[804] o ejecutar las sentencias de los Tribunales Constitucionales ordenando la destrucción de los soportes de las grabaciones de las comunicaciones telefónicas entre un abogado y su cliente[805].

En especial, ha determinado el TEDH que en relación a injerencias en la correspondencia de empresas/empresarios a sus empleados, los Estados deben permanecer atentos[806]:

- A si el empleado ha sido avisado de la posibilidad de monitorización de su correspondencia de forma clara.
- Al contenido de la monitorización, debiendo diferenciarse el control de los flujos de las comunicaciones de su contenido, si se monitorizan todas o sólo parte de las comunicaciones, si se produjo de forma limitada en el tiempo o quién tenía acceso a los resultados.
- A las razones del empleador y su legitimidad para justificar la monitorización de las comunicaciones. En tanto el acceso al contenido de las comunicaciones es el método más invasivo, requiere de una mayor justificación.
- A la existencia (proporcionalidad) de medidas menos intrusivas para alcanzar los fines del empleador sin acceder al contenido de las comunicaciones.
- A las consecuencias de la monitorización para el empleado que está sujeto a ellas y, en especial, el uso dado por el empleador a los resultados y si fueron usados para el fin declarado de la medida.
- A si se han proporcionado al empleado garantías adecuadas, especialmente si la monitorización posee una naturaleza intrusiva. Estas garantías deben en particular garantizar que el empleador no puede acceder al contenido actual de las comunicaciones afectadas si el empleado no ha sido informado con anterioridad de esa posibilidad.

Los Estados deben garantizar, además, que el empleado cuyas comunicaciones hayan sido objeto de monitorización tenga acceso a un recurso judicial para determinar si los anteriores criterios fueron respetados y si las medidas adoptadas fueron por tanto legales[807].

4. Requisitos para una injerencia no arbitraria en las comunicaciones (art. 8.2 CEDH)

Acudir, con carácter general, al comentario del apartado "*2. Requisitos para una injerencia no arbitraria en la vida privada (art. 8.2 CEDH)*" y a los necesariamente concurrentes requisitos del art. 8.2 CEDH (2.1. Medida prevista por la Ley; 2.2. Legitimidad del fin; y 2.3 Necesidad de la medida en una sociedad democrática).

[804] STEDH Gagiu c. Rumania, de 24 de febrero de 2009, apartados 91 y 92.
[805] STEDH Chadimová c. República Checa, de 18 de abril de 2006, apartado 146.
[806] STEDH (Gran Sala) Bărbulescu c. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, apartado 121.
[807] Ibid. apartado 122.

- CDFUE – TJUE: art. 7 CDFUE

Reconocido en el art. 7 CEDH[808], de acuerdo con las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales los derechos garantizados en el artículo 7 corresponden a los que garantiza el artículo 8 del CEDH. A fin de tener en cuenta la evolución técnica, se ha sustituido la palabra «correspondencia» por «comunicaciones». De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que en el artículo correspondiente del CEDH. Como consecuencia de ello, las limitaciones de que puede ser objeto legítimamente son las mismas que las toleradas en el marco del referido artículo 8[809].

Puesto que las interceptaciones de telecomunicaciones son injerencias en el ejercicio del derecho garantizado por el artículo 8.1 CEDH, también son una limitación al ejercicio del derecho correspondiente establecido en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales[810]. Con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta, tal injerencia solo puede admitirse si está prevista por la Ley y cuando, siempre que se respete el contenido esencial de dicho derecho y el principio de proporcionalidad, es necesaria y responde efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión[811]. Lo mismo sucede con las incautaciones de correos electrónicos realizadas durante las visitas domiciliarias en los locales profesionales o comerciales de una persona física o en los locales de una sociedad mercantil, que constituyen también injerencias en el ejercicio del derecho garantizado por el artículo 8 CEDH[812].

Si consta que las interceptaciones de las telecomunicaciones controvertidas en el litigio principal fueron autorizadas por una autoridad judicial que no disponía de la competencia necesaria para ello, debe considerarse que dichas interceptaciones de las telecomunicaciones no están previstas por la Ley, en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta. Carece de incidencia el hecho, destacado por el órgano jurisdiccional remitente, de que la ilegalidad cometida es consecuencia del carácter impreciso de la disposición transitoria de competencia controvertida en el litigio principal. En efecto, el requisito de que cualquier limitación del ejercicio del derecho conferido por el artículo 7 CEDH debe estar prevista por la Ley implica que la base jurídica que autoriza dicha limitación sea suficientemente clara y precisa. Y carece igualmente de pertinencia la circunstancia de que, en el caso de uno de los cuatro acusados en el procedimiento principal, solo las interceptaciones de telecomunicaciones realizadas al amparo de autorizaciones

[808] "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*".
[809] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[810] STGUE Goldfish BV, T-54/14, de 8 de septiembre de 2016, apartado 51. Las interceptaciones de las telecomunicaciones constituyen una injerencia en el derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 7 de la Carta, STJUE Petar Dzivev, C-310/16, de 17 de enero de 2019, apartado 36.
[811] SSTJUE Petar Dzivev, C-310/16, de 17 de enero de 2019, apartado 36; WebMindLicenses, C-419/14, de 17 de diciembre de 2015, apartados 71 y 73.
[812] STJUE WebMindLicenses, C-419/14, de 17 de diciembre de 2015, apartado 72.

concedidas por una autoridad sin competencia para ello puedan probar su culpabilidad y justificar una condena[813].

Sin una autorización judicial previa, la protección de los individuos contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en los derechos garantizados por el artículo 7 CDFUE requiere un marco legal y unos límites estrictos de dicha incautación. De este modo, esa incautación únicamente puede ser compatible con el artículo 7 si la legislación y la práctica internas ofrecen garantías adecuadas y suficientes contra los abusos y la arbitrariedad. En el contexto de este examen, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la inexistencia de un mandamiento judicial previo resultaba compensada, en cierta medida, por la posibilidad de que la persona sujeta a la incautación solicitara a posteriori un control judicial sobre la legalidad y la necesidad de ésta, control que debe ser eficaz en las circunstancias concretas del asunto[814].

- CE – TC: art. 18.3 CE

Reconocido en el art. 18.3 CE[815] [816]el derecho al secreto de las comunicaciones protege implícitamente la libertad de las comunicaciones y, además, de modo expreso, su secreto. De manera que la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir -conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc..- pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados. El fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación. A través de la protección del proceso de comunicación se garantiza, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto, de forma que es objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado. En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo[817].

---

[813] STJUE Petar Dzivev, C-310/16, de 17 de enero de 2019, apartados 37 y 40.
[814] STJUE WebMindLicenses, C-419/14, de 17 de diciembre de 2015, apartados 77 y 78.
[815] *"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial"*.
[816] Y modulado por el art. 18 de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que permite, en caso de existir la autorización del Congreso al acordar la declaración del estado de excepción, a la autoridad administrativa intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público.
[817] STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.

En relación al consentimiento como forma de injerencia en el derecho fundamental, no existe vulneración del secreto de las comunicaciones cuando una de las partes intervinientes en ella revela detalles de la misma, pues lo que la Constitución garantiza es su impenetrabilidad por parte de terceros, la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas [818] [819].

El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el

[818] "*No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental). Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana*", STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

[819] "*Es, precisamente, uno de los interlocutores en la comunicación telefónica (el denunciante del chantaje al que se encontraba sometido) quien autorizó expresamente a la Guardia Civil a que registrara sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban, al no contar con aparato técnico para ello. Como señala el Ministerio Fiscal, no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece comunicación con él; en otro caso todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 CE.*", STC 56/2003, de 24 de marzo.

contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico etc...- de la misma. Por ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones[820] [821].

El derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia. Varias precisiones son aún necesarias a los efectos de la delimitación de la noción constitucional de correspondencia del art. 18.3 CE[822]:

- La existencia de la comunicación, la identidad de los corresponsales, el momento en que se produce, los lugares de remisión y destino, son todos ellos datos que, una vez iniciado el proceso de comunicación, son secretos para cualquier persona ajena a la comunicación, de modo que su conocimiento por quien presta el servicio postal puede ser utilizado a los solos efectos de la prestación del servicio.
- En la medida en que los mensajes pueden expresarse no solo mediante palabras, sino a través de otro conjunto de signos o señales que componen otra clase de lenguajes, y dado que los mensajes pueden plasmarse no solo en

[820] STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 6.

[821] "*La entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo. Ahora bien, aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las "escuchas telefónicas", siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad"*, STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 6..

[822] STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3.

papel escrito, sino también en otros soportes que los incorporan —cintas de cassette o de vídeo, CD's o DVD's, etc.,— la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional. Por ello, se ha de estar a la delimitación que la regulación legal sobre el servicio postal universal establece, que al efecto atiende a ciertas características externas y físicas —tamaño— del objeto de envío –sobre, paquete—, en cuyo interior se introducen los soportes físicos de los mensajes —papeles, cintas, CD's … Desde esta perspectiva, no gozan de la protección constitucional aquellos objetos —continentes— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías[823], de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional. El art. 18.3 CE no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la que medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre dos personas —destinatario y remitente. Por consiguiente, cualquier objeto —sobre, paquete, carta, cinta, etc.— que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado. así, no constituyen objeto de este derecho cuando se portan por su propietario o terceros ajenos a los servicios postales, o viaja con ellos, o los mantienen a su disposición durante el viaje. Estos objetos, máxime si de sus características externas se infiere su destino al transporte de enseres personales o se hace constar en su exterior su condición de objeto personal o íntimo, quedarán, no obstante, protegidos por el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE); y, por consiguiente la ley podrá autorizar a la autoridad administrativa para su apertura o para proceder a inspeccionar y controlar su contenido por cualquier procedimiento, siendo requisito de la constitucionalidad de tal control o inspección su sujeción a las máximas derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, idónea para alcanzarlo y que la concreta forma de control o inspección reporte en el caso menos sacrificios en el derecho individual que beneficios en los intereses generales.

- Tampoco gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que, pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo.
- Quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido.

[823] ATC 395/2003, de 11 de diciembre, FJ 3.

- El envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales —maletas, maletines, neceseres, bolsas de viaje, baúles, etc.— por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término.
- Es indiferente el procedimiento a través del cual se acceda al conocimiento del proceso de la comunicación postal o del contenido de la correspondencia, por lo que se vulnera este derecho aun cuando a tal conocimiento no se acceda mediante la apertura del continente o de la propia carta, documento u objeto, de otro modo cerrado. Esta afirmación, no obstante, ha de ser matizada y ponerse en conexión con las especialidades del objeto de protección cuando de las comunicaciones postales se trata. Pues, si lo que se protege es la comunicación humana en cuanto expresión de sentido, sólo serán lesivas del derecho a la comunicación postal aquellas formas de acceso al contenido del soporte material del mensaje que supongan formas de tomar conocimiento del mensaje, por lo que no serán lesivos de este derecho aquellos procedimientos que, siendo aptos para identificar que el contenido del sobre o del soporte sea un objeto ilícito, no lo son, sin embargo, para conocer el mensaje mismo —inspecciones mediante perros adiestrados, escáneres… Por consiguiente, el procedimiento más habitual de vulneración del derecho al secreto de la correspondencia será su apertura, aunque no pueda descartarse la vulneración del derecho mediante otros procedimientos técnicos que permitan acceder al contenido del mensaje sin proceder a la apertura de la correspondencia.
- Finalmente, a los efectos de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones postales es indiferente quién presta el servicio postal, de modo que el derecho al secreto de las comunicaciones postales alcanza el proceso de comunicación tanto si se presta mediante servicios públicos como privados, dado que la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales ha procedido a su liberalización.

En el desarrollo de la prestación laboral pueden producirse comunicaciones entre el trabajador y otras personas cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE, ya sean postales, telegráficas, telefónicas o por medios informáticos, por lo que pueden producirse vulneraciones del derecho al secreto de las comunicaciones por intervenciones antijurídicas en las mismas por parte del empresario o de las personas que ejercen los poderes de dirección en la empresa, de otros trabajadores o de terceros [824]. En relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, puede afirmarse que la utilización de estas herramientas está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia

[824] STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 5.

y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales. Las consideraciones precedentes no impiden que se proceda a dotar de una regulación al uso de las herramientas informáticas en la empresa y, en particular, al uso profesional de las mismas, por medio de diferentes instrumentos como órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas, de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador. A tal fin y en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido. En ese ámbito, aunque pudiera caber la pretensión de secreto de las comunicaciones, actúa a su vez legítimamente el poder directivo, con la posibilidad consiguiente de establecer pautas de flujo de la información e instrucciones u órdenes del empresario que aseguren, sin interferir injustificadamente el proceso de comunicación y sus contenidos, el acceso a los datos necesarios para el desarrollo de su actividad, al igual que ocurre en otros escenarios en los que, sin control directo del empresario, los trabajadores a su servicio desarrollan la actividad laboral ordenada en contacto con terceros y clientes. Partiendo del uso común del ordenador, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es esencial determinar si el acceso a los contenidos de los ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial puestos por la empresa a disposición de los trabajadores, y en un medio al que puede acceder cualquiera, vulnera el art. 18.3 CE, para lo que habrá de estarse a las condiciones de puesta a disposición, pudiendo aseverarse que la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control. Es el caso de asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores, o incluso a las entidades sindicales. El ejercicio de la potestad de vigilancia o control empresarial sobre tales elementos resulta limitada por la vigencia de los derechos fundamentales, si bien los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin[825], siendo lo relevante la expectativa razonable de confidencialidad del trabajador[826].

[825] STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 5.

[826] "*En el presente supuesto que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe [arts. 5 a) y 20.2 y 3 LET]. En el supuesto analizado la remisión de mensajes enjuiciada se llevó pues a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se*

Siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad[827] y, en especial, al de proporcionalidad, el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones[828].

2. *Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica*

- CEDH – TEDH

El TEDH ha extendido la protección de la correspondencia del art. 8 CEDH a las de las personas jurídicas y las mismas podrán solicitar la protección del TEDH, alcanzando por tanto las comunicaciones empresariales o corporativas, de forma análoga y por los mismos fundamentos a como desarrolla la extensión del concepto autónomo de domicilio el TEDH[829], en especial en lo que se refiere a los supuestos de datos alojados en servidores o discos duros en el domicilio de una

---

hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE. En el contexto descrito, debemos concluir que la conducta empresarial denunciada, realizada además cuando el proceso de comunicación podía entenderse ya finalizado, no ha supuesto una interceptación o conocimiento antijurídicos de comunicaciones ajenas realizadas en canal cerrado; en definitiva, debe descartarse la invocada lesión del derecho al secreto de las comunicaciones", STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4.

[827] En relación a la anterior regulación legal y su insuficiencia, señala la STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7: *"El ejercicio por este Tribunal de su tarea depuradora de normas contrarias a la Constitución culminaría, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal -art. 579 LECrim- que agravaría el defecto mismo -la falta de certeza y seguridad jurídicas- al producir un vacío mayor. Los intereses constitucionalmente relevantes que con el art. 579.3 LECrim se tutelan se verían absolutamente desprotegidos por cuanto aquella declaración podría comportar, cuando menos, la obligación de los poderes públicos de inaplicar la norma viciada de inconstitucionalidad. De esta suerte, y en el contexto de un proceso de amparo en el que ya se ha satisfecho la pretensión principal de los recurrentes, no podemos dejar de advertir que el resultado de inconstitucionalidad al que se llegase entraría en conflicto con las exigencias mismas del art. 18.3 CE, pues dejaríamos el ordenamiento desprovisto de cualquier habilitación legal de injerencia en las comunicaciones telefónicas, agravando la falta de certeza y seguridad jurídicas de las situaciones ordenadas por el art. 579 LECrim hasta tanto el legislador no completase el precepto reparando sus deficiencias a través de una norma expresa y cierta. Es al legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando el precepto legal. Como hemos dicho en otras ocasiones, aunque ciertamente a efectos diferentes a los aquí contemplados, esa situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo mas breve posible*".

[828] STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3.

[829] STEDH Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria, de 16 de octubre de 2007, apartado 45: "*teniendo en cuenta la jurisprudencia que amplía la noción de "hogar" a las instalaciones comerciales de una empresa, el Tribunal no ve motivo para distinguir entre el primer solicitante, una persona natural, y el segundo solicitante, una persona jurídica, en lo que respecta a la noción de "correspondencia"*.

empresa o un profesional, cuya incautación se considera que afecta a la correspondencia[830].

La transmisión de datos obtenidos mediante la interceptación de las telecomunicaciones y su uso por otras autoridades pueden constituir una interferencia separada con los derechos protegidos por el art. 8 CEDH, aceptando el Tribunal que la transmisión a la autoridad de defensa de la competencia de datos obtenidos en la investigación criminal contra las empresas solicitantes a través de la escucha de los teléfonos de sus empleados constituye una interferencia en los derechos de esas empresas en virtud del Art. 8 CEDH, de necesaria valoración de acuerdo con sus previsiones[831].

- CDFUE – TJUE

En la medida en que el ejercicio de las facultades de inspección conferidas a la Comisión en materia de defensa de la competencia por el art. 20.4 del Reglamento 1/2003[832] en una empresa constituye una injerencia evidente en el derecho de esta última al respeto de su vida privada, de su domicilio y de su correspondencia[833], procede examinar si la Decisión de la Comisión satisface los requisitos enunciados en el artículo 52.1 CDFUE y 8.2 CEDH[834].

- CE – TC

El TC no se ha pronunciado sobre la proyección de las previsiones del art. 18.3 CE a las personas jurídicas, pudiendo haberlo hecho en un supuesto que resolvió relacionado con una inspección tributaria en la que se obtuvo el consentimiento para la entrada en las instalaciones de la empresa sin comunicación de derechos a los representantes de la inspeccionada y sin transmitir que poseían una autorización administrativa (no judicial) que en ningún caso hubiera habilitado para la entrada en los espacios físicos que constituyen el domicilio de la persona jurídica objeto de protección constitucional. En el marco de esa inspección **se obtuvieron unas facturas telefónicas en las que figuraban los datos de las comunicaciones**, y pese a que el recurso de amparo solicitaba la declaración de vulneración del secreto de las comunicaciones por el acceso a dichos datos de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional **no se pronuncia por declarar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica (art. 18.2 CE)** al alcanzarse un consentimiento viciado (no eficaz) de sus representantes. Al ser la obtención de los datos de las comunicaciones una

[830] SSTEDH Bernh Larsen Holding AS y otros c. Noruega, de 14 de marzo de 2013, apartado 105; Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria, de 16 de octubre de 2007, apartado 45.
[831] SSTEDH Janssen de Jong Goep B.V. y otros c. Países Bajos, de 16 de mayo de 2023, apartados 44 y 45; Burando Holding B. v. y Port Invest c Países Bajos, de 16 de mayo de 2023, apartados 44 a 47; Ships Waste Oil Collector B.V. c. Países Bajos, de 16 de mayo de 2023, apartados 40 a 42.
[832] Del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
[833] STGUE České dráhy, a.s., T-325/16, de 20 de junio de 2018, apartado 169.
[834] STGUE Deutsche Bahn y otros/Comisión, T-289/11, T-290/11 y T-521/11, de 6 de septiembre de 2013, apartado 65.

diligencia derivada, resulta viciada por su conexión con la prueba obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio[835].

G. Derecho fundamental a la legalidad sustantiva de los delitos y de las penas, irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables.

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art .7.1 CEDH

El art. 7.1[836] CEDH incorpora el principio de legalidad de los delitos y las penas (complementado con las previsiones del art. 15.2 CEDH que prohíbe su derogación incluso en tiempo de guerra u otras circunstancias extraordinarias[837]), que es un elemento esencial del estado de derecho y persigue proporcionar protección efectiva frente a persecuciones, condenas y penas arbitrarias[838]. El TEDH reiteradamente manifiesta que el derecho no se agota con la irretroactividad de la ley desfavorable, sino que de forma general recoge el principio de que sólo la ley puede definir el delito y determinar la aplicación de penas ("nullum crimen, nulla poena sine lege") y que la ley penal no puede ser construida de forma extensiva en perjuicio del acusado (por ejemplo de forma analógica).

1. El TEDH considera que el art. 7.1 CEDH y la tutela otorgada por el Tribunal sólo son aplicables sobre personas declaradas culpables de un delito, y no en el caso de asuntos que estén en proceso de resolución y no terminados[839], incluyendo eso si los supuestos en los que se imponen penas (ver a continuación la importancia del concepto autónomo de pena) a pesar de tratarse de procesos que terminaron sin condena[840]. Ni tampoco será aplicable en los procesos de

[835] STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 6.

[836] "*1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*
2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas".

[837] Es un derecho irrenunciable que se encuentra en el núcleo del principio del Estado de derecho, que no puede aplicarse de manera menos estricta en lo que respecta al enjuiciamiento y castigo de delitos terroristas, incluso cuando supuestamente se cometan en circunstancias que amenacen la vida de la nación. El CEDH exige la observancia de las garantías del Art. 7, incluso en las circunstancias más difíciles, STEDH (Gran Sala) Yüksel Yalçinkaya de 26 de septiembre de 2023, apartado 270.

[838] SSTEDH S.W. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, apartado 34; C.R. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, apartado 32; Del Río Prada c. España, de 21 de noviembre de 2013, apartado 77; Vasiliauskas c. Lithuania, de 20 de octubre de 2015, apartado 153, Baldalyan c. Armenia, de 13 de marzo de 2018, apartado 27.

[839] Lukanov c. Bulgaria, de 12 de enero de 1995, Parlanti c. Alemania, de 26 de mayo de 2005, apartado 6.

[840] STEDH Varvara c. Italia de 29 de octubre de 2013, apartados 61, 72 y 73.

extradición[841], aunque si sobre los procesos de los que pueda traer origen la extradición si están terminados.

En materialización de la doctrina de los conceptos propios del TEDH (como mecanismo de evitación de la arbitrariedad semántica de los Estados y de conversión de los derechos del convenio en realidades prácticas y efectivas y no teóricas e ilusorias[842]), poseen un significado propio los siguientes conceptos del art. 7.1 CEDH:

- El concepto de derecho o ley[843] ("under national or international law" en la versión oficial inglesa/"d'après le droit national ou international" en la versión oficial francesa).

Incluye la ley nacional, las normas de desarrollo de la ley (y de rango inferior a estas[844]) y la jurisprudencia interpretativa y evolutiva de estas ("judicial law-making"[845]), considerados en su conjunto y en el momento de los hechos son valorados[846] y todo ello desde los requisitos cualitativos de accesibilidad y previsibilidad de la ley (ver en líneas posteriores) como estándar contenido en el art. 7.1 CEDH. La referencia a las normas internacionales lo es a los Tratados firmados por el Estado en cuestión[847].

El art. 7.1 CEDH sólo abarca a las normas sustantivas que definen el delito y la pena, no aplicándose a las normas procesales[848] salvo que una norma que sea clasificada por la legislación nacional como procesal, influya en la severidad de la pena[849] como por ejemplo en su duración.

En principio el art. 7.1 CEDH tampoco alcanza a las normas reguladoras de la ejecución de las penas incluyendo los regímenes de libertad, su forma de implementación y fundamentos, que se integran en el poder de cada Estado de fijar su propia política criminal[850], como tampoco los posibles regímenes de indulto o amnistía[851]. Desde el anterior principio, cuando se adopten medidas por el legislador, por los tribunales o las autoridades administrativas después de dictada sentencia y antes o durante la ejecución de la pena que conduzcan a una modificación del alcance de la pena (incrementándola), estas medidas si quedarían abarcadas por el contenido del art. 7.1 CEDH, so pena de convertir el derecho

[841] STEDH X. C. Paises Bajos, de 6 de julio de 1979,
[842] STEDH G.I.E.M. S.R.L. y otros de 28 de junio de 2018, apartado 216.
[843] "[…] *no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional"*.
[844] STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 146.
[845] STEDH S.W. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, apartados 36, Sud Fondi y otros c. Italia, de 20 de enero de 2001, apartado 108.
[846] STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 145.
[847] STEDH Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, de 22 de marzo de 2001, apartados 90 a 106.
[848] Sobre las que es razonable que los tribunales nacionales apliquen el principio de *tempus regit actum*, Decisión Mione c. Italia, de 12 de febrero de 2004, Decisión Rasnik c. Italia de 10 de julio de 2007, Decisión Martelli c. Italia de 12 de abril de 2007.
[849] STEDH Scoppola c. Italia (No.2), de 17 de septiembre de 2009, apartados 110 a 113.
[850] STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 151.
[851] Decisión Montcorner de Caumont c. Francia, de 13 de mayo de 2003.

reconocido en una realidad teórica, pudiendo los Estados a través de la modificación normativa o el poder judicial a través de nuevas interpretaciones de la ley eliminar cualquier efecto del Convenio en este aspecto esperando a la ejecución de las penas para modificar retroactivamente la pena en perjuicio del reo[852], como ya ha reconocido el TEDH en los casos de la modificación del término sobre el que aplicar los ajustes sobre la pena (beneficios penitenciarios que se determinaban en la ejecución en función del comportamiento del reo) desde la pena máxima a cumplir por refundición de condenas -30 años- al total de las condenas –más de 3.000 años-[853] o interpretando situaciones legales aplicables como consecuencia de nuevas normas con efectos sobre la duración de la pena en perjuicio del condenado en lugar de hacerlo de forma restrictiva y a favor del reo[854].

Y tampoco proscribe el art. 7.1 CEDH la aplicación a procedimientos iniciados de modificaciones (extensiones) de los periodos de prescripción de los delitos (normas que en cualquier caso califica como procesales[855]) cuando estos nunca hayan estado prescritos por no haberse alcanzado el plazo de prescripción[856] siendo eso si aplicables a efectos de prescripción las normas internacionales en su caso afectantes al tiempo de cometerse los hechos[857].

- El concepto de infracción o delito ("criminal offence" en la versión oficial inglesa/"infraction" en la versión oficial francesa).

Debe ser completado con el mismo contenido que "acusación en materia penal" ("criminal charge" en la versión oficial inglesa/"accusation en matière pénale" en la versión oficial francesa) prevista en el art. 6.1 CEDH –acusación en materia penal-[858] (y extendida al art. 2 del Protocolo 7, segunda instancia de persona declarada culpable de una infracción penal), decantándose de la valoración conjunta de tres criterios[859]:

  - La clasificación de la infracción de acuerdo con la legislación nacional. Este criterio sirve exclusivamente como punto de partida, salvo que la propia legislación nacional califique la infracción como delito, siendo en este caso el punto de partida y final definitivo[860], sin necesidad de valorar los siguientes criterios para determinar que nos encontramos ante un delito en los términos del art. 7.1 CEDH. Si la legislación

[852] STEDH del Rio Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartado 89.
[853] Ibid. apartado 117.
[854] STEDH Koprivnikar c. Slovenia, de 24 de enero de 2017, apartado 56.
[855] STEDH Coeme y otros c. Bélgica, de 22 de junio de 2000, apartados 80 y 149, Decisión Previti c. Italia, de 12 de febrero de 2013, apartado 80, 12 Decisión Borcea c. Rumania, de 22 de septiembre de 2015.
[856] STEDH Coeme y otros c. Bélgica, de 22 de junio de 2000, apartado 14.
[857] STEDH Kononov c. Letonia, de 17 de mayo de 2010, apartado 233.
[858] SSTEDH Nadtochiy c. Ucrania, de 15 de mayo de 2008, apartado 32, Žaja c. Croacia, de 4 de octubre de 2016, apartado 86.
[859] SSTEDH Engel y otros c. Paises Bajos, de 8 de Junio de 1976, apartado 82, Jussila c. Finlandia, apartados 30-31.
[860] STEDH Žaja c. Croacia, de 4 de octubre de 2016, apartado 86.

nacional no califica la infracción como delito, deberá continuarse con la valoración de los siguientes criterios.

- La naturaleza de la infracción. Generalmente desarrollado con ocasión de valoración de infracciones tributarias, el TEDH ha utilizado como criterios de interés a los efectos de determinar la naturaleza de la infracción (1) si está dirigida a una generalidad de personas[861], (2) si se trata de responsabilidad objetiva, sin elementos subjetivos –aunque el TEDH ha valorado normas carentes de elementos subjetivos como penales[862] por lo que puede no ser un criterio válido-, (3) si en el pasado esas mismas infracciones poseían la calificación de penales.
- La naturaleza y el grado de severidad de la pena asociada. Así consecuencias de la infracción disuasivas y punitivas, no enfocadas a la reparación de daños si no a evitar la repetición de la conducta[863], acercan la infracción a la naturaleza penal[864] a los efectos del art. 7.1 CEDH.

Deberá ser la valoración conjunta de los factores de la infracción y de la sanción los que conduzcan a una determinación de este concepto autónomo en el caso concreto.

- El concepto de pena ("penalty" en la versión oficial inglesa/"peine" en la versión oficial francesa).

El TEDH de nuevo se adentra más allá de las apariencias semánticas estatales y valora si las medidas deben considerarse penas a los efectos de la previsión del segundo párrafo del art. 7.1 CEDH. Los criterios seguidos por el TEDH para esta valoración son varios y complementarios como:

- Comprobar si las medidas consideradas se impusieron después de un proceso en el que el objeto era una infracción o delito ("criminal offence" en la versión oficial inglesa/"infraction" en la versión oficial francesa) determinada de la forma autónoma para los hechos que se someten a su consideración, de acuerdo con los criterios de las líneas precedentes[865];
- La naturaleza y ánimo de la medida –disuasivas y preventivas-;
- Su clasificación de acuerdo con la ley nacional y
- Su severidad[866].

---

[861] STEDH Janosevic c. Suecia, de 23 de julio de 2002, apartado 68.
[862] STEDH Salabiaku c. Francia, de 7 de octubre de 1988, apartado 27.
[863] SSTEDH Bendenoun c. Francia, de 24 de febrero de 1994, apartado 47, Jussila c. Finlandia, de 23 de noviembre de 2006, apartados 38, 41 y 43.
[864] STEDH Janosevic c. Suecia, de 23 de julio de 2002, apartado 68.
[865] Nótese que de acuerdo con los criterios del concepto autónomo infracción o delito ("criminal offence"/"infraction") sólo este criterio podría ser autoreferencial (ya que el mismo considera la naturaleza y grado de severidad de las penas) y, por tanto, no válido en el sentido expuesto. Si podría partirse de la valoración de la naturaleza de las medidas asociadas a la conducta como punto de partida, lo que conduce al segundo de los criterios de este concepto autónomo de pena.
[866] SSTEDH Welch c. Reino Unido, de 26 de febrero de 1996, apartado 28; Jamil c. Francia, de 8 de junio de 1995, apartado 31; Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 142; M. c.

El TEDH ha considerado penas además de las así recogidas por los códigos penales de los estados, el decomiso posterior a una condena penal[867], prisión derivada de impago de multas[868], multas equivalentes al 100% del valor de un inmueble construido ilegalmente[869], la pena de expulsión del territorio nacional como sustitutiva de la pena de prisión[870] o la pena de inhabilitación para el ejercicio de una profesión como pena accesoria[871]. Por el contrario, no ha considerado penas desde la perspectiva del art. 7.1 CEDH las medidas de seguridad adoptadas frente a quién mató a otra persona pero fue sobreseído por incapacitación mental[872], la inclusión de un individuo en un registro policial o judicial de agresores sexuales y violentos con fines de prevención de la delincuencia[873], suspensión de la pensión de un funcionario público tras un proceso disciplinario[874], nueva liquidación impositiva tras pérdida de un tratamiento fiscal favorable sin penalidad[875].

Este concepto autónomo de pena ("penalty"/"peine") junto con el de infracción o delito ("criminal offence"/"infraction") y "acusación en materia penal" ("criminal charge"/"accusation en matière pénale") poseen además coincidencia de aplicación con las previsiones del art. 4 del protocolo 7 –non bis in idem-[876].

2. Desde los anteriores presupuestos, el art. 7 CEDH exige, en primer lugar, la existencia de una ley para poder imponer una sentencia penal y una pena, de forma que el tribunal debe comprobar que en el momento en el que el acusado desarrolló el hecho por el que fue investigado y condenado existía en vigor una norma legal que preveía la penalidad de ese hecho, y que la pena finalmente impuesta no ha excedido de los límites fijados por esa norma.

La norma que debe estar en vigor antes del hecho juzgado y que debe contener la concreción del hecho delictivo y de la pena asociada, debe cumplir, con respecto a ambos elementos, los estándares cualitativos de accesibilidad y previsibilidad:

- La accesibilidad de la ley penal se refiere a su publicidad, que la misma pueda ser conocida.
- La previsibilidad de la ley penal (en cuanto al hecho y en cuanto a la pena) abarca el que un individuo debe poder conocer del texto de la norma complementada de la interpretación judicial y tras haber recibido un apropiado

Alemania, de 17 de diciembre de 2009, apartado 120, Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartado 82, Société Oxygène Plus c. Francia, de 17 de mayo de 2016, apartado 47.

[867] SSTEDH Welch c. Reino Unido, de 9 de febrero de 1995, apartados 29 a 35, (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros de 28 de junio de 2018, apartado 233.

[868] STEDH Jamil c. Francia, de 8 de junio de 1995, apartado 32.

[869] Decisión Valico SRL. C. Italia, de 21 de marzo de 2006.

[870] STEDH Gurguchiani c. España, de 15 de diciembre de 2009, apartado 40.

[871] STEDH Gouarré Patte c. Andorra, de 12 de enero de 2016, apartado 30.

[872] STEDH Berland c. Francia, de 3 de septiembre de 2015, apartados 44 a 47.

[873] STEDH Gardel c. Francia de 17 de diciembre de 2009, apartados 39 a 47.

[874] Decisión Haioun c. Francia, de 7 de septiembre de 2004,

[875] Decisión Socété Oxygène plus c. Francia, de 17 de mayo de 2016.

[876] STEDH Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 52.

consejo legal[877], qué acciones u omisiones le harían penalmente responsable y qué pena se le impondría por la actuación u omisión protagonizada[878], y todo ello en el momento de la comisión de los hechos. Así, la insuficiente calidad de la norma en la definición del hecho delictivo o de la pena aplicable supone la violación del art. 7.1 CEDH[879].

Ahora bien, partiendo de que el empleo de la técnica legislativa de la categorización deja zonas de sombra en los contornos de la definición, dichas dudas sobre los casos límite no bastan por sí mismos para hacer que la disposición en cuestión sea incompatible con el artículo 7 del referido Convenio, siempre y cuando esa disposición resulte ser lo suficientemente clara en la gran mayoría de casos[880].

Partiendo de que cualquier técnica legislativa que se elija para desarrollar la norma requerirá en cualquier caso de una interpretación judicial que complemente la labor el legislador[881], esta labor judicial complementadora de las normas también debe moverse en el marco cualitativo de la previsibilidad tanto de su interpretación del delito[882] como de la pena[883] contenidos en la norma, debiendo respetar con su interpretación en cualquier caso la esencia de la misma[884]. El requisito de que los delitos penales estén estrictamente definidos por la ley se vería frustrado si los tribunales nacionales eluden la ley en su interpretación y aplicación a los hechos específicos de un caso[885].

Por lo anterior, el art. 7.1 CEDH exige además diferenciar en cuanto a los pronunciamientos interpretativos judiciales que culminan en una sentencia condenatoria:

- Si consisten en la primera interpretación de un tribunal de la norma penal, considerando el TEDH que si la interpretación respeta la esencia del mismo debe ser considerada por como previsible[886], sin que la inexistencia de precedentes comparables tenga una importancia decisiva[887]. El hecho de que la doctrina haya interpretado un texto libremente no puede sustituir a la existencia de jurisprudencia[888].

[877] STEDH Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 113.
[878] STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 140, M. c. Alemania, de 17 de diciembre de 2009, apartado 119, Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartado 79.
[879] STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartados 150 y 152.
[880] STEDH Cantoni c. Francia, de 15 de noviembre de 1996, apartado 32.
[881] STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 141
[882] SSTEDH Pessino c. Francia, de 10 de octubre de 2006, apartados 35 a 36, Dragotoniu y Militaru-Pidhorni c. Rumanía, de 24 de mayo de 2007, apartados 43 a 47, Dallas c. Reino Unido, de 11 de febrero de 2016, apartados 72 a 77.
[883] SSTEDH Alimuçaj c. Albania, de 7 de febrero de 2012, apartados 154-162; Del Rio Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartados 111 a 117.
[884] STEDH Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartados 104 a 108.
[885] STEDH (Gran Sala) Yüksel Yalçinkaya de 26 de septiembre de 2023, apartado 256.
[886] STEDH Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 109.
[887] STEDH K.A. y A.D. c. Bélgica, 17 de febrero de 2005, apartados 55 a 58.
[888] STEDH Dragotoniu and Militaru-Pidhorni c. Rumania, de 24 de mayo de 2007, apartado 43.

- Si son una mera continuidad de la línea jurisprudencial previamente marcada y coherente con los precedentes, deben ser considerados previsibles.
- Si constituyen un apartamiento de la anterior línea jurisprudencial y una nueva aproximación a la cuestión jurídica, podrá implicar que el condenado no lo hubiera podido prever[889] y violar el art. 7 CEDH, lo que pude suceder tras el dictado de la sentencia y durante la ejecución de la misma con actuaciones judiciales o administrativas (ver líneas precedentes y el concepto autónomo de derecho o ley del art. 7 CEDH).
- Si constituyen en una interpretación extensiva de la norma penal en perjuicio del acusado (in malam partem) por abandonar el criterio de la interpretación estricta y lo sustituya por una interpretación analógica de la norma[890], no podrá considerarse previsible y violará el art. 7 CEDH.
- Si lo es en un contexto de una jurisprudencia ambigua con interpretaciones divergentes, podrá implicar que el condenado no lo hubiera podido prever[891] y violar el art. 7 CEDH.

En cualquier caso, la previsibilidad de la norma deberá ser evaluada desde la perspectiva de la persona condenada, y sus circunstancias subjetivas tenidas en cuenta para determinar la previsibilidad de la norma, en especial la vinculación de los hechos con su actividad profesional y la capacidad de asesoramiento que el mismo haya podido disponer o haya dispuesto.

3. El artículo 7 no menciona expresamente el vínculo moral entre el elemento material del delito y la persona considerada como autor. Sin embargo, la lógica del castigo y de la pena, así como la noción de "culpable" (en la versión inglesa) y la correspondiente noción de "personne coupable" (en la versión francesa) apoyan una **interpretación del artículo 7 que exige, para castigar, un vínculo de naturaleza intelectual (conciencia y voluntad) que permita detectar un elemento de responsabilidad en la conducta del autor**[892]**.** Por lo tanto, corresponde al Tribunal verificar si los elementos constitutivos pertinentes, y en particular el elemento subjetivo o mental, se establecieron adecuadamente en lo que respecta al solicitante, de acuerdo con los requisitos de la ley aplicable, y si la evaluación de los tribunales nacionales de estos elementos constitutivos en el caso del solicitante representó una interpretación y aplicación previsible, y no expansiva, de la disposición penal mencionada[893].

En ausencia de ello, la pena no estaría justificada. Sería incoherente, por un lado, exigir una base legal accesible y previsible, y por otro lado, permitir considerar a

[889] SSTEDH Pessino c. Francia, de 10 de octubre de 2006, apartado 36, Dragotoniu y Militaru-Pidhorni c. Rumanía, de 24 de mayo de 2007, apartado 44, Del Rio Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartados 111 a 117.
[890] STEDH Navalnyye c. Rusia, de 17 de octubre de 2017, apartado 68.
[891] SSTEDH Žaja c. Croacia, de 4 de octubre de 2016, apartados 99 a 106.
[892] STEDH Sud Fondi SRL y otros c. Italia, de 20 de enero de 2009, apartado 116; en el mismo sentido STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 242, STEDH (Gran Sala) Yüksel Yalçinkaya de 26 de septiembre de 2023, apartados 242 y 264.
[893] STEDH (Gran Sala) Yüksel Yalçinkaya de 26 de septiembre de 2023, apartado 260.

una persona como "culpable" y "castigarla" cuando no pudo conocer la ley penal debido a un error invencible que no puede atribuirse en absoluto a la víctima[894].

Desde lo anterior, como indicó el TEDH en su sentencia Varvara[895], este requisito no excluye ciertas formas de **responsabilidad objetiva** que operan a través de **presunciones de responsabilidad**, siempre que sean conformes al Convenio. Para el TEDH, de acuerdo con el art. 6.2 (presunción de inocencia), los Estados siguen siendo libres, en principio, de imponer sanciones penales por un acto realizado fuera del ejercicio normal de uno de los derechos protegidos por el Convenio y, en consecuencia, de definir los elementos constitutivos de dicha infracción. **En particular, pueden, bajo ciertas condiciones, hacer punible un hecho material u objetivo considerado en sí mismo, sea o no resultado de una intención o negligencia criminal**. En todo sistema jurídico existen presunciones de hecho o de derecho; el Convenio no las excluye en principio, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a no sobrepasar un determinado umbral al respecto. Este umbral se supera cuando una presunción tiene como efecto privar a una persona de toda posibilidad de exculparse en relación con los hechos que se le imputan, privándola así del beneficio del artículo 6.2[896]. Teniendo en cuenta que los artículos 7 y 6.2 tienen en común, en sus ámbitos respectivos, la protección del derecho de toda persona a no ser castigada sin que su responsabilidad personal, incluido un vínculo de carácter intelectual con el delito, haya sido debidamente establecida, el TEDH considera que la jurisprudencia descrita anteriormente se aplica mutatis mutandis en el ámbito del artículo 7[897].

A raíz de la sentencia Sud Fondi S.r.l. y otros, los tribunales nacionales han aceptado este razonamiento y han modificado su jurisprudencia en consecuencia en dos aspectos importantes. En primer lugar, incluso si el caso se desestima debido a la prescripción, el decomiso sólo puede aplicarse si se demuestra que el delito está constituido tanto en sus elementos materiales como morales. En segundo lugar, desde la sentencia Sud Fondi S.r.l. y otros, los tribunales nacionales se han abstenido de imponer tal medida de confiscación a terceros de buena fe. A la luz de lo anterior, el TEDH consideró en la Sentencia G.I.E.M. S.R.L. y otros que el artículo 7 exigía que las confiscaciones en cuestión fueran previsibles para los demandantes y que no se les impusieran en ausencia de un vínculo intelectual que indicara un elemento de responsabilidad por su conducta.

4. Junto con la accesibilidad y la previsibilidad, el art. 7.1 CEDH proscribe la irretroactividad de la ley penal desfavorable para el reo, referido tanto a la definición de la conducta delictiva[898] como a la pena asociada a la misma[899] abarcando:

---

[894] STEDH Sud Fondi SRL y otros c. Italia, de 20 de enero de 2009, apartado 116.

[895] STEDH Varvara c. Italia de 29 de octubre de 2013, apartados 70 y ss.

[896] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 243.

[897] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 244.

[898] STEDH Vasiliauskas c. Lithuania, de 20 de octubre de 2015, apartados 165 y 166

[899] SSTEDH Jamil c. Francia, de 8 de junio de 1995, apartados 34 a 36, M. c. Alemania, de 17 de diciembre de 2009, apartados 135 a 137, Gurguchiani c. España, de 15 de diciembre de 2009, apartados 32 a 44.

- En el enjuiciamiento y sentencia de los hechos, la prohibición de aplicar normativa penal que no hubiera entrado en vigor en el momento de producirse los hechos enjuiciados y que (i) suponga que hechos antes no delictivos pasen a tener esa consideración o (ii) suponga un aumento de la pena asociada a los hechos delictivos.
- En la ejecución de la sentencia, modificaciones normativas, cambios de criterios judiciales o decisiones de autoridades administrativas que redefinan o modifiquen el alcance de la pena en perjuicio del condenado[900] (ver líneas precedentes sobre previsibilidad de ley penal y sobre el concepto autónomo de derecho o ley del art. 7 CEDH).

El art. 7.1 CEDH incorpora como derecho inherente y no explícito, el principio de retroactividad de la norma penal favorable como un principio internacional fundamental del derecho penal[901], y que parte de la situación fáctica de la existencia de la modificación de normas penales afectantes entre el momento de comisión de los hechos y el del dictado de la sentencia final, implicando el principio la aplicación de la más favorable, tanto en la definición del hecho como de la penalidad asociada. Y aun cuando no constituye un principio general incorporado al art. 7.1 CEDH, el TJUE ha reconocido que en los casos en los que la norma penal nacional posterior y más beneficiosa incorpore la previsión de aplicación a los casos juzgados con sentencia firme, el art. 7.1 CEDH si incorporaría como obligación de los estados la revisión de las sentencias a la luz de la nueva normativa más favorable[902].

6. Tradicionalmente tratado por el TEDH en el ámbito de los derechos incluidos en el art. 6.2 CEDH –principio de la presunción de inocencia-, desde la STEDH Varvara c. Italia[903], de 29 de octubre de 2013, apartado 63, el TEDH considera que el principio de personalidad de las penas (la prohibición de penalidad a una persona cuando el delito ha sido cometido por otro) emana del principio de legalidad en derecho penal pues (como deja entrever en el apartado 62), no dejaría de ser una interpretación extensiva del delito –subjetiva- y, por tanto, prohibida por el art. 7.1 CEDH, siendo inconcebible desde el requerimiento cualitativo de la norma de la previsibilidad **el que se pudiera condenar por hechos de otros**. El TEDH agrupa los anteriores razonamientos incluyendo una tercera consecuencia del principio de legalidad penal: la prohibición de la imposición de una pena (concepto autónomo) sin una declaración de culpabilidad en condena o con, al menos, una declaración formal de la misma[904]. Estos supuestos vulneran el art. 7.1 CEDH y son objeto de tutela por el TEDH.

[900]STEDH Del Rio Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartado 89.
[901] STEDH Scoppola c. Italia (nº 2), de 17 de septiembre de 2009, apartado 106.
[902] STJUE Gouarré Patte c. Andorra, de 12 de enero de 2016, apartados 35 y 36.
[903] Posicionamiento confirmado por la Gran Sala en STJUE G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartados 271 y 274.
[904] STEDH G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 255.

7. El TEDH no considera que el art. 7.1 CEDH incorpore previsión alguna relacionada con la proporcionalidad de las penas, lo que debe ser considerado en su caso desde una perspectiva de la proscripción de las penas o tratos degradantes del art. 3 CEDH[905].

- CDFUE – TJUE: art. 49 CDFUE

"A menudo, lo primero que aprenden de Derecho Penal los jóvenes estudiantes de Derecho en Europa es la siguiente locución latina: nullum crimen nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta. Se trata de una norma clara y un principio fundamental: el principio de la legalidad de los delitos y las penas. Lo que se descubre más adelante, como estudiante de Derecho, profesional del gremio, abogado, profesor o incluso Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son los infinitos matices que pueden revestir estos términos. Términos tales como poena han de ser siempre objeto de interpretación"[906].

El art. 49[907] CDFUE recoge el principio de legalidad de los delitos y proporcionalidad de las penas (incluido en el principio general de seguridad jurídica[908]) reconocido con anterioridad a la aprobación de la Carta como principio general del Derecho en que se basan las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros[909] y sobre el que se pronuncia el TJUE con expresa remisión, en cuanto a su contenido, al art. 7 CEDH y a la interpretación del mismo que ha desarrollado el TEDH[910] con referencia para ello en el art. 52.3 CEDH[911].

---

[905] STEDH Vinter y otros, de 9 de julio de 2013, apartado 102.

[906] Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston, C-551/18 PPU, IK, presentadas el 8 de noviembre de 2018.

[907] "*1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.*

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción".

[908] SSTJUE International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), C-308/06, de 3 de junio de 2008, apartados 69 y 70, PJSC Rosneft Oil Company, C-72/15, de 28 de marzo de 2017, apartado 162,

[909] La circunstancia de que los hechos del procedimiento principal tuvieran lugar antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, no se opone, en sí, a que se aplique en el caso de autos el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, consagrado en el artículo 49, apartado 1, tercera frase, de la Carta, ya que antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el TJUE había declarado que dicho principio derivaba de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y, por lo tanto, debía considerarse parte de los principios generales del Derecho de la Unión que el juez nacional debe respetar cuando aplica el Derecho nacional, STJUE Hubert Clergeau, C-115/17, de 7 de agosto de 2018, apartados 25 a 27.

[910] SSTJUE X, C‑74/95 y C‑129/95, de 12 de diciembre de 1996, apartado 25, y, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C‑189/02 P, C‑202/02 P, C‑205/02 P a C‑208/02 P y C‑213/02 P, de 28 de junio de 2005, apartados 215 a 219, Advocaten voor de Wereld VZW, de 3 de mayo de 2007, apartado 49.

[911] STJUE PJSC Rosneft Oil Company, C-72/15, de 28 de marzo de 2017, apartado 165.

Señalan a su vez las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales[912] que el art. 49 CDFUE recoge la norma clásica de irretroactividad de las leyes y sanciones penales y ha añadido la norma de retroactividad de la pena más leve que reconocen numerosos Estados miembros y figura en el artículo 15 PIDCP. A su vez, señala la correspondencia con el art. 7 CEDH teniendo por lo tanto el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH. Y, con respecto al apartado 3, recogería el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

1. El TJUE entiende que de acuerdo con el art. 49 CDFUE la Ley (las reglas comunitarias[913]) debe definir claramente las infracciones y las penas que las castigan. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal[914], para lo cual el derecho europeo no debe definir todos los conceptos que utilice la norma es especial conceptos que estén plenamente integrados y se utilizan en los ordenamientos jurídicos respectivos de los Estados miembros como el de "negligencia grave"[915].

Siguiendo de forma expresa también en sus manifestaciones el TJUE la jurisprudencia del TEDH, señala que como consecuencia de que, necesariamente, los actos legislativos sean de carácter general, su tenor literal no puede ser de una precisión plena. De ello se deriva que, si bien el empleo de la técnica legislativa que consiste en recurrir a categorías generales y no a listas exhaustivas deja a menudo zonas de sombra en los contornos de la definición, dichas dudas sobre los casos límite no bastan por sí mismos para hacer que la disposición en cuestión sea incompatible con el artículo 7 del referido Convenio, siempre y cuando esa disposición resulte ser lo suficientemente clara en la gran mayoría de casos[916], sin que el principio de nulla poena sine lege certa no pueda interpretarse en el sentido de que prohíba la clarificación gradual de las reglas de la responsabilidad penal mediante interpretaciones jurisprudenciales, siempre y cuando éstas sean razonablemente previsibles[917]. El alcance del concepto de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto de que se trate, del ámbito que abarque y del número y condición de sus destinatarios. La previsibilidad de la ley no es incompatible con el hecho de que la persona afectada se vea inducida a recurrir a un asesoramiento jurídico apropiado para valorar las eventuales consecuencias de un determinado acto en una medida razonable, dadas las circunstancias del caso.

[912] DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[913] STJUE International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), C-308/06, de 3 de junio de 2008, apartado 71.
[914] SSTJUE Advocaten voor de Wereld VZW, de 3 de mayo de 2007, apartado 50, International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), C-308/06, de 3 de junio de 2008, apartado 71.
[915] STJUE Advocaten voor de Wereld VZW, de 3 de mayo de 2007, apartados 72 a 79.
[916] STJUE PJSC Rosneft Oil Company, C-72/15, de 28 de marzo de 2017, apartado 164.
[917] STJUE Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C‑189/02 P, C‑202/02 P, C‑205/02 P a C‑208/02 P y C‑213/02 P, de 28 de junio de 2005, apartado 167.

Ello es especialmente cierto en el caso de los profesionales, habituados a la necesidad de mostrar una gran prudencia en el ejercicio de sus actividades. Cabe por tanto esperar de éstos que presten especial atención a la valoración de los riesgos que entraña el ejercicio de sus actividades[918].

Señala el TJUE que el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en consecuencia debe considerarse que este principio forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario[919]. La aplicación de la ley penal más favorable implica necesariamente una sucesión de leyes en el tiempo y se basa en la constatación de que el legislador cambió de criterio ya sea sobre la calificación penal de los hechos o sobre la pena que ha de aplicarse a una infracción penal[920].

Incorpora la CDFUE en el art. 49 junto con el principio de legalidad, el de la proporcionalidad de los delitos y las penas a través de su apartado tercero[921], que ha sido tratado por el TJUE desde la perspectiva de la prohibición del *non bis in idem* –art. 50 CDFUE-. La acumulación de sanciones de carácter penal debe ir acompañada de normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones refleje la gravedad de la infracción de que se trate, exigencia esta que no solo resulta del artículo 52, apartado 1, de la Carta, sino también del principio de proporcionalidad de las penas enunciado en el artículo 49, apartado 3, de esta. Las referidas normas deben obligar a las autoridades competentes, en caso de que se imponga una segunda sanción, a velar por que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas no exceda de la gravedad de la infracción identificada[922].

Y con expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH, el TJUE incorpora en el art. 49 de la carta y en el principio de legalidad el principio de personalidad de las penas (como dimensión incorporada a su vez en el art. 7.1 CEDH), con referencia a la STEDH G.I.E.M. c. Italia (apartado 251 que, a su vez, se refiere y reitera los apartados 70 y 71 de la STEDH Varvara c. Italia -ver líneas precedentes-): "*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el artículo 7 del CEDH se opone a que pueda imponerse a un individuo una sanción penal sin que se haya acreditado y declarado previamente su responsabilidad penal personal, ya que, de lo contrario, se vulneraría también la presunción de inocencia garantizada por el artículo 6, apartado 2, del CEDH*"[923] [924].

---

[918] STJUE Wabco Europe, de 16 de septiembre de 2013, apartado 175.
[919] STJUE Berlusconi y otros, C‑387/02, C‑391/02 y C‑403/02, de 3 de mayo de 2005, apartados 69 y 70.
[920] STJUE Paoletti y otros, C‑218/15, de 6 de octubre de 2016, apartado 27.
[921] "*La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción*".
[922] SSTJUE Luca Menci, C-524/15, de 20 de marzo 2018, apartado 55, Garlsson Real Estate SA, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 56.
[923] STJUE Delta Stroy 2003, C-203/21, de 10 de noviembre de 2022, apartado 45.
[924] El TJUE considera que la cuestión debe ser tratada desde la perspectiva de la presunción de inocencia (art. 48 CDFUE), y no desde el principio de legalidad (art. 49 CDFUE).

2. Desde el anterior contenido del art. 49 CDFUE, y partiendo de su aplicación exclusiva a los supuestos del derecho de la Unión, es necesario concretar sus efectos sobre los escenarios normativos que resultan de conjugar el sistema de fuentes de la Unión y las técnicas legislativas nacionales:

(i) Derecho primario de la Unión

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la relación entre textos originarios (TFUE) y el art. 49 CDFUE con ocasión del las obligaciones que les impone el artículo 325 TFUE, apartado 1[925]. Por ello, los Estados deben velar también porque las normas de prescripción previstas por el Derecho interno permitan una represión efectiva de las infracciones vinculadas a tales fraudes. Corresponde por tanto a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes dar plenos efectos a las obligaciones que resultan del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, y dejar sin aplicación disposiciones internas, en particular en el ámbito de la prescripción, que, en el marco de un procedimiento relativo a infracciones graves en materia de IVA, impiden la aplicación de sanciones efectivas y disuasorias para luchar contra los fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión. [...] la inaplicación de las disposiciones nacionales controvertidas sólo tendrá como consecuencia impedir que se acorte el plazo de prescripción general en el marco de un procedimiento penal pendiente, permitir un enjuiciamiento efectivo de los hechos imputados y garantizar, en su caso, la igualdad de trato entre las sanciones que tienen como finalidad proteger, respectivamente, los intereses financieros de la Unión y los de la República Italiana. Tal inaplicación del Derecho nacional no vulnera los derechos de los imputados garantizados por el artículo 49 CDFUE[926].

Esta **doctrina fue matizada por la STJUE (Gran Sala) M.A.S. C-42/17, de 5 de diciembre de 2017**, señalando que los requisitos de previsibilidad, de precisión y de irretroactividad inherentes al principio de legalidad de los delitos y las penas se aplican, en el ordenamiento jurídico italiano, también al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia del IVA, por lo que corresponde al juez nacional verificar si la apreciación exigida por el apartado 58 de la sentencia Tarrico, conforme a la cual las disposiciones del Código Penal controvertidas deberían ser inaplicadas, **conduce a una situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano, respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable, que menoscaba el principio de precisión de la ley aplicable.** De ser así, el juez nacional no está obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas (apartado 59)[927].

[925] Deberán velar por que, en casos de fraude grave que afecte a los intereses financieros de la Unión en materia de IVA, se adopten sanciones penales efectivas y disuasorias, y debe considerarse que los Estados miembros incumplen las obligaciones que les impone el artículo 325 TFUE, apartado 1, cuando las sanciones penales adoptadas para reprimir los fraudes graves en materia de IVA no permiten garantizar de manera eficaz la percepción de la totalidad del impuesto.
[926] STJUE Taricco (Gran Sala), C-105/14, de 8 de septiembre de 2015, apartados 38 a 65.
[927] La cuestión ha sido legislativamente resuelta, y el régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al IVA ha sido objeto de armonización por el legislador de la Unión mediante la adopción de la Directiva 2017/1371, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho (considerando 22 y artículo 12), cuya relación con los ordenamientos jurídicos nacionales se desarrolla conforme a las

Esa jurisprudencia ha seguido evolucionando[928], reiterando el TJUE que a pesar de la existencia de un riesgo sistémico de impunidad de las infracciones de fraude grave que afecte a los intereses financieros de la Unión, en la medida en que esa situación es fruto del principio de legalidad de los delitos y las penas (tal como se protege en el Derecho nacional, en sus exigencias relativas a la previsibilidad y a la precisión de la ley penal, también del régimen de prescripción relativo a las infracciones penales), los órganos jurisdiccionales rumanos no están obligados a dejar inaplicada la jurisprudencia nacional que es fruto de ese principio de legalidad[929]. Señalado lo anterior, el TJUE avanza en la situación concreta señalando que la aplicación de un estándar nacional de protección relativo al principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (lex mitior) debe distinguirse de la del estándar nacional de protección examinado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B. y, valorando las circunstancias concretas del asunto, considera que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden, en el marco de procedimientos judiciales para sancionar penalmente infracciones de fraude grave que afecte a los intereses financieros de la Unión, aplicar el estándar nacional de protección relativo al principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (lex mitior) a fin de cuestionar la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad penal[930] por comprometer la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión[931].

(ii) Reglamentos de la Unión que contengan la definición de delitos y penas.

No existe en la historia de la Unión un Reglamento que contenga una definición de ningún delito (y que sería directamente aplicable en los Estados por la naturaleza del acto jurídico –art. 288 TFUE-). Si existen Reglamentos que, sobre materias en ellos desarrollados, establecen la obligación a los Estados miembros de establecer sanciones efectivas, incluidas las penales, para evitar las situaciones de lesión. Esta situación fue tratada por la STJUE X, C-60/02, de 7 de enero de 2004, señalando que "*aunque la norma comunitaria de que se trata en el procedimiento principal es un reglamento, es decir, una norma que por su propia naturaleza no requiere medidas nacionales para su aplicación, y no una directiva, hay que señalar que el artículo 11 del Reglamento nº 3295/94 confiere a los Estados miembros competencia para adoptar las sanciones correspondientes a los comportamientos prohibidos por el artículo 2 de dicho Reglamento, lo que hace que pueda trasladarse a dicho procedimiento el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia para las directivas*" (apartado 62, en el mismo sentido STJUE Vaditrans BVBA, C-102/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 57), lo que se trata a continuación.

disposiciones de derecho derivado que se especifican en las líneas que siguen para esa categoría de actos normativos.

[928] STJUE (Gran Sala) C.I., C.O., K.A., L.N., S.P., C-107/23 PPU, de 24 de julio de 2023.

[929] Ibid. apartado 118.

[930] Ibid. apartado 124.

[931] Ibid. apartado 123.

(iii) Directivas de la Unión que contengan la definición de delitos y penas.

Una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones[932]. La anterior reproducción de la jurisprudencia del TJUE posee origen en la STJUE M.H. Marshall, 152/84, de 26 de febrero de 1986, apartado 48, que señala que "*una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona"*. La STJUE X, 14/86, de 11 de junio de 1987, resolviendo la cuestión prejudicial sobre si la Directiva 78/659[933] podía tener, por sí misma y con independencia de la ley interna de un Estado, el efecto de determinar o de agravar la responsabilidad penal de quienes infringen sus disposiciones añadiría a la jurisprudencia de la STJUE Marshall que "*de una directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse pues obligaciones para los particulares frente a otros particulares ni, con mayor razón, frente al propio Estado. En consecuencia, […] la Directiva 78/659 del Consejo, de 18 de julio de 1978, no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones"* (apartados 19 y 20), jurisprudencia complementada con la respuesta dada por el TJUE a la tercera cuestión prejudicial planteada en la STJUE Kolpinghuis Nijmegen BV, 80/86, de 8 de octubre de 1987 sobre si cuando el Juez nacional deba interpretar una norma de Derecho nacional, debe o puede dejarse guiar en dicha interpretación por el contenido de una directiva aplicable, respondiendo a la misma que "*al aplicar el Derecho nacional y, sobre todo, las disposiciones de una ley nacional promulgada con el fin específico de ejecutar una directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y del fin de la directiva para conseguir el resultado contemplado por el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado. Sin embargo, esta obligación del Juez nacional de tener presente el contenido de la directiva cuando interprete las correspondientes normas de su Derecho nacional está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente el principio de la seguridad jurídica y de la irretroactividad. En esta línea, y en su sentencia de 11 de junio de 1987 (X, 14/86, Rec. 1987, p. 2545), este Tribunal estableció que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar a responsabilidad penal, o agravarla, de quienes la contravengan"*(apartados 12 y 13).

Es decir, que el principio de legalidad de los delitos y las penas se aplica, en materias propias del Derecho de la Unión, en primer lugar sobre el texto de la ley nacional en cuanto norma de materialización del derecho de la Unión y sobre la norma comunitaria como fuente primaria para la clarificación gradual de las reglas de la responsabilidad penal mediante interpretaciones jurisprudenciales, siempre

[932] SSTJUE Vaditrans BVBA, C-102/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 56.
[933] "*Relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces*".

y cuando éstas sean razonablemente previsibles[934] (arts., 49 CDFUE y 7 CEDH). Y ello siempre y cuando no se supere la interpretación previsible, ya que aunque una normativa penal nacional se entienda que es contraria a la normativa europea por no contener el supuesto de hecho como delictivo cuando así lo exigiera la normativa europea, "*el artículo 49, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se opone a que se sancione penalmente dicho comportamiento, aun cuando la norma nacional fuese contraria al Derecho de la Unión*[935]".

(iv) Norma nacional en blanco que remita a la regulación europea.

Una Ley penal nacional si puede utilizar en su estructura la de las normas penal en blanco, siendo la normativa de referencia la europea, de forma que si puedan plantearse cuestiones referentes al principio de legalidad de los delitos y las penas como:

a. Previsibilidad de la norma penal desde las perspectivas concretas del sujeto en relación a los elementos del delito definidos por la norma penal europea y la complejidad que puedan presentar. El TJUE no se ha pronunciado sobre este extremo.
b. Efectos de una modificación de la ley comunitaria de referencia potencial con afectación sobre la tipicidad de los hechos, al resultar, a priori, una norma más beneficiosa. Este cambio de las leyes de referencia de la norma penal en blanco del estado nacional si ha sido tratado por el TJUE, con ocasión de la conducta de una persona que obtuvo indebidamente restituciones especiales a la exportación establecidas por el Reglamento n.º 1964/82 valiéndose de maniobras o de falsas declaraciones relativas a la naturaleza de las mercancías para las que se solicitaron las restituciones, cuando, a raíz de una modificación de dicho Reglamento efectuada con posterioridad a los hechos imputados, las mercancías efectivamente exportadas por dicha persona si dieron derecho a las restituciones y todo ello desde el marco del art. 426.4 del código aduanero francés, delito que protege los intereses financieros de la Unión. Señala TJUE que la elección del legislador de la Unión de modificar los criterios para optar a las restituciones establecidos en el artículo 1 del Reglamento n.º 1964/82 se basó en una apreciación puramente económica y técnica de la situación del mercado global de la carne, y que la legislación penal francesa no cambio. Como este delito tiene por objeto las declaraciones falsas o las maniobras que tengan por efecto obtener restituciones especiales a la exportación establecidas en el Reglamento n.º 1964/82, no resulta que la circunstancia de que, con posterioridad a los hechos del procedimiento principal, las mercancías para las que se solicitaron dichas restituciones pasaran a dar derecho a estas pueda afectar, en sí misma, a la punibilidad de tales declaraciones falsas o maniobras, por lo que el TJUE no se opone a que una persona sea condenada por haber obtenido indebidamente restituciones especiales a la exportación establecidas por el Reglamento n.º

[934] STJUE Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C‑189/02 P, C‑202/02 P, C‑205/02 P a C‑208/02 P y C‑213/02 P, de 28 de junio de 2005, apartado 167.
[935] STJUE Fabio Caronna, C-7/11, de 28 de junio de 2012, apartado 52.

1964/82 valiéndose de maniobras o de falsas declaraciones relativas a la naturaleza de las mercancías para las que se solicitaron las restituciones, cuando, a raíz de una modificación de dicho Reglamento efectuada con posterioridad a los hechos imputados, las mercancías exportadas por dicha persona dan derecho a estas restituciones[936].

Tampoco la adhesión de un Estado a la Unión impide que otro Estado miembro pueda imponer una sanción penal a quienes hayan cometido, antes de dicha adhesión, el delito de ayuda a la inmigración ilegal de nacionales del primer Estado (en el asunto nacionales de Rumanía en Italia)[937].

3. Incorpora el TJUE la jurisprudencia del TEDH sobre la prórroga del plazo de prescripción y su aplicación señalando que no puede considerarse que el art. 7 CEDH impida la ampliación de los plazos de prescripción cuando los hechos imputados no han prescrito[938], **habiendo concretado expresamente el TJUE que las reglas que regulan la prescripción en materia penal no están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 49.1 CDFUE**[939] y que la consideración de las mismas como derecho penal material alcanzado por el principio de legalidad de los delitos y de las penas debe considerarse un estándar nacional de protección de los derechos fundamentales[940] que podrá aplicarse por las autoridades y tribunales nacionales siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión[941]. En el concreto caso tratado por la Sentencia, el TJUE consideró que esta dimensión del principio de legalidad (la extensión a las reglas de la prescripción) no comprometía la efectividad del derecho de la Unión (aun pudiendo suponer que entre 2018 y 2022 pudieran prescribir asuntos afectantes a los intereses financieros de la Unión), pero que su combinación con los efectos de la aplicación retroactiva de la ley penal favorable a sentencias firmes (incluida en el principio de legalidad y que supondría la extensión hasta 2014 de la prescripción) comprometía la efectividad del derecho de la Unión, por lo que los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro están obligados a dejar inaplicado un estándar nacional de protección relativo al principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (lex mitior) [942].

4. El TJUE ha negado la extensión del art. 49 CDFUE a medidas procesales como la Decisión Marco 2002/584 –Euroorden- al no definir delitos ni penas en su contenido (en concreto en el catálogo de los delitos del art. 2.2[943]).

[936] STJUE Hubert Clergeau, C-115/17, de 7 de agosto de 2018, apartados 29 a 41.
[937] STJUE Gianpaolo Paoletti, C-218/15, de 6 de octubre de 2016, apartado 42.
[938] STJUE Ivo Taricco, C-105/14, de 8 de septiembre de 2015, apartado 57.
[939] STJUE (Gran Sala) C.I., C.O., K.A., L.N., S.P., C-107/23 PPU, de 24 de julio de 2023, apartado 108.
[940] Ibid. apartado 111.
[941] Ibid. apartado 110.
[942] Ibid. apartado 125.
[943] STJUE Advocaten voor de Wereld VZW, de 3 de mayo de 2007, apartados 52 a 54.

- CE – TC: art. 25.1 CE

1. Es doctrina constitucional que las garantías que la CE prevé para los actos de contenido punitivo no resultan, sin más, exigibles a los actos restrictivos de derechos[944], y los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del ius puniendi del Estado o tienen un verdadero sentido sancionador[945]. Para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo el TC exige atender a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico, de modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, se tratará de una pena o sanción en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. **En fin, el carácter penal o administrativo sancionador de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente**[946].

1.1 El art. 25.1[947] CE incorpora el principio de legalidad de los delitos y las penas como derecho fundamental de los ciudadanos, que proyecta, en primer término, una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley[948]. Esta "reserva absoluta" de Ley en el ámbito penal[949], de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, ha de entenderse como remisión a la LO, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de

[944] SSTC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 2, 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 5.
[945] STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9.
[946] SSTC 48/2003, FJ 9, 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, 121/2010, de 29 de noviembre, FJ 7, 39/2011, de 31 de marzo, FF JJ 2 y 3, 17/2013, de 31 de enero, FJ 12.
[947] *"1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*.
[948] STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3.
[949] STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7.

ese derecho fundamental[950]. La reserva de ley en materia penal no se extiende a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos[951] ni el legislador no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo[952], por lo que la existencia en tipos penales de "cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial" (por ejemplo, "notoria importancia", "especial gravedad") no atenta contra el principio de legalidad de los delitos si el Juez o Tribunal puede completarlas con criterios lógicos, técnicos o de experiencia[953], es decir, que la existencia de márgenes de apreciación judicial no conculca tal principio, máxime cuando afecta a tipos penales protectores de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional[954], siempre y cuando no se trate de leyes penales de contenido indeterminado[955]. Y, de la misma forma, el mero hecho de que la norma de complemento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el art. 25.1 CE[956], que no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos[957]. Por último, ni la reserva de LO ni la de Ley ordinaria resultan exigibles a las normas penales preconstitucionales ni a ninguna otra clase de normas anteriores a la CE[958].

1.2 La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones –*lex certa*–[959], a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. El legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales[960] promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles[961] describiendo ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa[962]. Para ello debe operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones[963], lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva, resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho

[950] SSTC 140/1986, 160/1986, 127/1990, 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2.
[951] STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2.
[952] STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3
[953] SSTS 11 de noviembre de 1991, 997/2001 de 1 de junio, 889/2001 de 8 de junio, 643/2002 de 17 de abril.
[954] STC 62/1982 de 15 de octubre.
[955] STC 1141/1995 de 18 de noviembre.
[956] STC 283/2006, de 9 de octubre.
[957] SSTC 120/1998, de 15 de junio, FJ 3, 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3, 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3.
[958] SSTC 11/1981, de 8 de abril; 15/1981, de 7 de mayo; 36/1982, de 16 de junio; 42/1987, de 7 de abril; 101/1988, de 8 de junio; 53/1994, de 24 de febrero.
[959] STC 125/2001, de 4 de junio.
[960] SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 89/1993 de 12 de marzo; 53/1994, de 24 de febrero; 151/1997, de 29 de septiembre.
[961] SSTC 69/1989, de 20 de abril; 34/1996, de 11 de marzo; 137/1997, de 21 de julio.
[962] SSTC 196/1991, de 17 de octubre; 95/1992, de 11 de junio; 14/1998, de 22 de enero.
[963] SSTC 120/1994, de 25 de abril; 34/1996, de 11 de marzo.

tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas[964]. Y todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones[965] sin ponerles en la tesitura o riesgo de sufrir condenas imprevisibles[966].

No se opone a la exigencia de lex certa:

- La utilización en los tipos penales de los llamados **conceptos jurídicos indeterminados**, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su artículo 10.2[967], como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las 'normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites[968], el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad'[969], que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever[970].
- La utilización de las **normas penales en blanco**, si bien la sucesiva remisión en ulteriores grados (de la norma reglamentaria a órdenes ministeriales o disposiciones administrativas) debiendo descender sucesivamente para alcanzar la definición de la conducta prohibida vulnera el art. 25.1 CE, en esta vertiente material de la actividad legislativa[971]. Así, para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplirse[972]: (i) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; (ii) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y (iii) que sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada[973].

1.3 El legislador tiene libertad para definir qué acciones son merecedoras de reproche penal pero su decisión ha de respetar un inicial principio, el de intervención mínima. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados, por lo que el establecimiento de una conducta como constitutiva de delito que no respete el marco de proporción entre el reproche que merece y la consecuencia que se

[964] STC 306/1994, de 14 de noviembre.
[965] STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3.
[966] STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3.
[967] STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.
[968] Por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo.
[969] STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3.
[970] STC 146/2017, de 14 de diciembre.
[971] SSTC 24/2004, de 24 de febrero; 283/2006, de 9 de octubre.
[972] SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 101/2012, de 8 de mayo.
[973] STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3.

dispone para el supuesto de producción estará infringiendo el derecho a la legalidad penal tal y como ha sido interpretado por el TC. De un modo más rotundo desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador[974]. En definitiva, existe una infracción del principio de legalidad penal, art. 25 CE, cuando se crean tipos que exceden el mínimo que resulta indispensable para la sanción de las conductas; a sensu contrario, si existe un medio jurídico menos gravoso para los derechos de los ciudadanos que pueda permitir conseguir el mismo fin, no está justificada la calificación de la acción como delictiva y si se hace no se respeta el principio de proporcionalidad que deriva del principio de legalidad[975], principio que se comenta en las líneas que siguen.

1.4 No existe en el art. 40.1 LOTC[976] límite no explicitado legal ni doctrinalmente a las posibilidades de revisión de un acto sancionador producido en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional, presuponiendo la existencia de cauces de revisión, sea en vía administrativa, sea en vía judicial, para eliminar, por mandato del reiterado art. 25 CE, todo efecto de la sentencia o del acto administrativo, por más que hayan adquirido firmeza, ya que admitir otra posibilidad chocaría frontalmente con el propio art. 25.1 CE, del que es corolario el inciso final del art. 40.1 LOTC[977]. El TC ha avanzado incluso otro paso, declarando que el principio de alcance general implícito en el art. 25.1 CE "*no agota su concreción en lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, tan sólo aplicable, como hemos reiterado, a los procesos de declaración de inconstitucionalidad*", sino que "*ha de proyectarse, con su alcance propio, para medir los efectos de cualesquiera procesos constitucionales lo que presupone la existencia de cauces de revisión penal para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 25.1 C.E., todo efecto de la Sentencia de*

[974] STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8.
[975] STC 24/2004, de 24 de febrero.
[976] "*Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad*".
[977] STC 30/2017, de 27 de febrero, FJ 5, que además señala "*mayor abundamiento, no se puede soslayar, por otra parte, que la aplicación de un precepto posteriormente declarado inconstitucional no se limita al cumplimiento de la pena o a la ejecución de la sanción, sino que produce otros efectos anejos, como son la constancia en el correspondiente registro de los antecedentes penales o de los antecedentes infractores derivados de la pena o sanción impuestas; antecedentes que, debido a su subsistencia, pueden traducirse en futuros efectos negativos sobre los sujetos, como son la agravación de otras hipotéticas penas o sanciones en caso de reincidencia o reiteración por otras infracciones administrativas del mismo orden. La ecuación no podría quedar reducida, por tanto, a los simples términos de si la pena o la sanción han sido ya ejecutadas o no, porque, aun después de ejecutadas, sus efectos se siguen extendiendo en el tiempo, con lo que se perpetúa la vigencia del precepto legal sancionador declarado inconstitucional y nulo*".

condena dictada, en su día, conforme a una interpretación de la ley penal que ha sido desautorizada, por inconstitucional, en Sentencia dictada en recurso de amparo[978] [979]. El TC no ha considerado a las normas reguladoras de la prescripción de los delitos y de las penas como susceptibles de generar, por sí mismas, su amparo por una actividad judicial vulneradora del art. 25 CE, pero si ha considerado que en estos supuestos afectan al derecho a la libertad sometido al principio de legalidad, por lo que la interpretación judicial no puede exceder el tenor literal de los preceptos aplicables ni es admisible una interpretación restrictiva contra reo carente del necesario rigor en relación con el tenor literal de la norma que le sirve de fundamento y con los fines de la prescripción, pudiendo una conducta judicial no respetuosa con lo anterior ser objeto de reproche constitucional por la vía de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE)[980] [981].

1.5 El derecho fundamental a la legalidad penal ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal[982]. Esta violación del art. 25.1 CE puede proceder:

- De la interpretación misma del precepto sustantivo aplicado, ya que el Juez puede atribuir a la norma penal un contenido que exceda, en perjuicio del acusado, del tenor literal posible del precepto (respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem[983]). En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, los órganos judiciales se hallan sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal[984] y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*[985], esto es, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los

[978] STC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5.
[979] Incorporando el art. Único 11 de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la modificación del art. 40.2 LOTC extendiendo la aplicación de sus disposiciones desde sólo sentencias y autos "*que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad*" a "*las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales*".
[980] STC 25/2018, de 5 de marzo, FJ 2.
[981] "Es ésta la razón por la que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de lesión en los señalados derechos fundamentales cuando la interpretación judicial de la norma reguladora de la prescripción, aun no siendo irrazonable o arbitraria, lleve consigo una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo que exceda de su significado gramatical" SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 7 y 10; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 207/2009, de 23 de noviembre, FJ 2; 37/2010, de 19 de julio, FJ 2; 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 2; 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 3.
[982] SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5.
[983] STC 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5.
[984] SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2.
[985] SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; AATC 3/1993, de 11 enero, FJ 1; 72/1993, de 1 de marzo, FJ 1.

límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes[986].

- Del juicio de subsunción de los hechos declarados probados por la sentencia. De acuerdo con la doctrina del TC, ese juicio de subsunción debe respetar un doble parámetro de razonabilidad (comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas): (i) el metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante–, que exige que no incurra en quiebras lógicas y que sea acorde con los modelos de argumentación aceptados dentro de la comunidad jurídica y (ii) el axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional–, que requiere que se ajuste a los criterios y valores que informan nuestro ordenamiento constitucional[987].

2. El derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables está incluido en la garantía constitucional de la legalidad penal[988] en relación con el art. 9.3 CE[989], e incluye el de la aplicación de nuevas construcciones jurisprudenciales posteriores a los hechos, siempre que afecte a le previsibilidad de la sanción asociada a los mismos[990].

3. Y la aplicación con efecto retroactivo de la ley penal más favorable es una exigencia, más que del principio de legalidad de los delitos y de las penas, del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables a sensu contrario (art. 9.3 CE)[991]. Así, la jurisprudencia del TC viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE[992], tratando de reconducir la cuestión a un plano no constitucional sino de legalidad ordinaria de acuerdo con las previsiones del art. 2.2 CP reduciéndose el control por parte del TC de la selección de la norma aplicable, en términos generales, a si se ha tratado de una decisión arbitraria,

---

[986] STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio FJ 3; 125/2001, de 4 de junio; AATC 263/1995, de 27 de septiembre; 282/1995, de 23 de octubre.

[987] SSTC 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 7.

[988] SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 4.

[989] SSTC 60/2012, de 27 de abril, FJ 1,

[990] STC 37/2018, de 23 de abril.

[991] SSTC 85/2006 de 27 de marzo; 20/2003 de 10 de febrero; AATC 241/2003 de 14 de julio y 195/2005 de 9 de mayo.

[992] SSTC 14/1981, de 29 de abril, FJ 7; 68/1982, de 13 de mayo, FJ 3; 122/1983, de 26 de octubre, FJ 2; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 38/1994, de 17 de enero; 177/1994, de 10 de junio, FJ 1, 99/2000, de 10 de abril, FJ 5.

manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente[993], esto es, a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, devolviendo las causas, de estimar el amparo, al Tribunal de apelación.

Las leyes penales aplicables son las vigentes en el momento de cometerse el delito, pero las posteriores a tal instante tendrán efecto retroactivo si favorecen al reo, siendo en consecuencia "ultractivas" (se aplican por la jurisdicción cuando ya han sido sustituidas por otras posteriores) las derogadas si son más beneficiosas que las nuevas, en cumplimiento del "*adagio favorabilia sunt amplianda*, odiosa *sunt restringenda"*, pero en ningún caso puede "resucitarse" una ley penal derogada al cometerse el delito, por el mero hecho de ser más favorable[994], ni aducirse una futura ley también más favorable, cuando todavía no se ha promulgado[995]. Extendiéndose la retroacción a leyes intermedias más favorables que las vigentes en el tiempo de comisión del delito y de su enjuiciamiento[996]. Por "ley penal más favorable" hay que entender no sólo la norma que figure en el CP, sino también aquellas a las que remita dicha norma si contienen elementos jurídicos normativos o es una ley penal en blanco, por lo que los cambios en dicha legislación extrapenal también gozan de esta posible retroactividad, si significan una situación más favorable para el reo[997].

4. **La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, vinculándolo con los arts. 10, 24 y 25 CE**[998], siendo el elemento que marca la frontera de la vindicta con la justicia[999]. Y aunque ha advertido de que ello no implica que la CE haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, también ha negado que sea constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos[1000].

Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del *ius puniendi*, lo que, además de exigir la presencia de dolo o imprudencia, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable[1001] **así como el principio de la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos** —principio de la personalidad de la pena o sanción—[1002]. Así, el principio de

[993] STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6.
[994] STS 1384/1998 de 11 de noviembre.
[995] SSTS 15 de enero, 8 de febrero y 1 de junio de 2000.
[996] SSTS 21 de octubre de 1985, 140/2002 de 8 de febrero y 692/2008 de 4 de noviembre.
[997] SSTS 25 de septiembre de 1985, 1349/1997 de 31 de octubre, 1210/2001 de 22 de junio, 2066/2001 de 12 de noviembre, 605/2007 de 26 de junio.
[998] Por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 b).
[999] SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 2; 102/1994, de 11 de abril, FJ 3; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 3; ATC 43/1996, de 26 de febrero, FJ 2.
[1000] Por todas, STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.
[1001] SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 103/1995, de 3 de julio, FJ 3; y 57/2010, de 10 de octubre, FJ 9; ATC 237/2012, de 11 de diciembre, FJ 3), STC 185/2014, de 6 de noviembre.
[1002] SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6, 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3, 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5, 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2, 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b),

personalidad de las penas forma parte del de legalidad penal y se encuentra también incluido en el art. 25.1 CE e implica que solo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos[1003].

5. Se considera incluida la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena prevista por la ley en este principio de legalidad penal[1004]. Y si bien no cabe exigir a las leyes anteriores a la CE el respeto a la garantía formal que encierra el art. 25.1 CE, no ocurre otro tanto con la garantía de orden material también incluida en este precepto y que afecta, "por un lado, a la tipificación de las infracciones" y, por otro, "a la definición y, en su caso, gradación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas"[1005].

6. Siguiendo al TEDH y con expresa referencia a sus resoluciones, el TC considera que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 CEDH, aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad[1006].

2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica

- CEDH – TEDH

El TEDH ha reconocido a las personas jurídicas el derecho fundamental a la legalidad de los delitos y las penas en todas sus dimensiones[1007], siendo especialmente relevante el reconocimiento del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas que sufrieron una pena de decomiso (i) considerada como pena desde el concepto autónomo del TEDH[1008], (ii) aplicada sobre bienes de la persona jurídica, (iii) por hechos ocurridos cuando en el ordenamiento jurídico no se encontraba incorporada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (iv) en procesos en los que ni tan siquiera fueron parte las personas jurídicas y, en algunos casos, ni los representantes de estas –G.I.E.M.-y (v) por los hechos cometidos por personas físicas actuando a título personal.

Sobre esos acontecimientos, la STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, concluye aplicando a las personas jurídicas demandantes el art. 7 CEDH con las siguientes afirmaciones:

93/1996, de 28 de mayo, FJ 1, 137/1997, de 21 de julio, FJ 5, 125/2001, de 4 de junio, FJ 6, 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4.

[1003] SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de Mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de Mayo, FJ 1, 137/1997, de 21 de julio FJ 5, 125/2001, de 4 de junio, 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4, 185/2014, de 6 de noviembre.

[1004] STC 136/1999 de 20 de julio.

[1005] STC 219/1989, FJ 4.

[1006] SSTC 114/2012, de 24 de mayo, FJ 3; 113/2012, de 24 de mayo, FJ 6.

[1007] Decisión Carrefour France c. Francia, de 1 de octubre de 2019, apartado 43 (*in fine*); STEDH Total S.a. y Vitol S.A. c. Francia, de 12 de octubre de 2023, apartado 51.

[1008] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 233.

- Al otorgar el ordenamiento italiano a las sociedades limitadas una personalidad legal distinta de las de sus directivos o accionistas, es necesario delimitar si los directivos o accionistas actúan en nombre propio o en representación de las empresas[1009].
- El ordenamiento jurídico italiano no permitía la personación de las empresas en los procesos penales, como proyección del principio "societas delinquere non potest", a pesar de que la conducta (y la responsabilidad derivada) de sus representantes era atribuida a las mismas, permaneciendo las empresas como terceros en el proceso.
- De esta forma el TEDH la cuestión a resolver desde la perspectiva del art. 7 CEDH se concentra en si esas penas podían ser impuestas a las compañías que no fueron parte en los procesos de las que se derivan.
- Se proyecta sobre las personas jurídicas la dimensión del art. 7 CEDH que proscribe la imposición de penas por las conductas de terceros, como sucede cuando las penas se imponen a las mismas con origen en la conducta de directivos, representantes de la empresa o accionistas que actuaron a título personal o sin pronunciamiento sobre la conducta de los mismos –como en el caso de la empresa G.I.E.M. S.r.l.-[1010].
- Se vulnera el art. 7 CEDH de las personas jurídicas al condenarlas en procesos en los que no han sido parte por las declaraciones de responsabilidad de terceros en ellos contenidas.
- Y todo ello desde las importantes afirmaciones que sobre el principio de legalidad contiene la propia sentencia.

Así pues, el TEDH extiende en todas sus dimensiones a las personas jurídicas el principio de legalidad penal, debiendo por tanto la norma estar en vigor antes del hecho analizado y concretar de forma accesible y previsible a las personas jurídicas, aun con el asesoramiento que corresponda, las acciones u omisiones que le harían penalmente responsable y qué pena se le impondría por la actuación u omisión protagonizada, siéndole aplicables las normas dictadas con posterioridad a los hechos que le beneficien, y sin que se les pueda imponer pena alguna por los hechos delictivos de terceros (personas físicas o jurídicas), sino en exclusiva por las acciones u omisiones protagonizadas en los términos descritos por la norma.

No ha resuelto aún el TEDH si debe entenderse concurrente ni cómo debe entenderse, en su caso, concurrente la conexión de la persona jurídica con los hechos accesibles y previsibles –acciones u omisiones de las que se derive la pena- necesariamente contenidos en la norma ex art. 7 CEDH (consciencia y voluntad en el caso de las personas físicas, de naturaleza intelectual/"*mental link*"/"*lien de nature intellectuelle*"), ni qué presunciones legales pudieran serle de aplicación sobre lo anterior de acuerdo con las jurisprudencia del TEDH en relación a la presunción de inocencia, lo que sin duda poseerá su anclaje para cada sistema nacional **en la norma interna que determine la pena, desde el marco del concepto autónomo de pena del TEDH.**

[1009] Ibid. apartado 265.
[1010] Ibid. apartado 272.

Si ha resuelto el TEDH la inexistencia de infracción del art. 7 CEDH en el caso de la condena penal por corrupción de funcionarios extranjeros de Irak (a dos empresas petroleras por parte de los Tribunales penales franceses) al no ver razón para apartarse de las decisiones de los tribunales nacionales, que consideraron que **las empresas solicitantes**, experimentadas en el comercio de petróleo y en operaciones a gran escala en un contexto internacional, **debieron mostrar una prudencia reforzada y prestar especial atención a la evaluación de los riesgos** al decidir emprender las **operaciones de compra de petróleo** iraquí en disputa, posiblemente recurriendo a asesores expertos, a los cuales no se discute que tenían un amplio acceso[1011].

Desde un parámetro de análisis distinto (el art. 10 CEDH), pero apuntando hacia la no aceptación de la responsabilidad objetiva de la persona jurídica y hacia criterios de medición de la dimensión subjetiva, el TEDH ha considerado que hacer responsable de indemnizar a una compañía[1012] propietaria del mayor portal de noticias de internet de Hungría por la reproducción de declaraciones hechas por terceros, **independientemente de si el autor o el editor actuaron de buena o mala fe y en cumplimiento de sus deberes y obligaciones periodísticas,** es difícil de conciliar con la jurisprudencia existente, según la cual "*castigar a un periodista por contribuir a la difusión de declaraciones hechas por otra persona en una entrevista perjudicaría seriamente la contribución de la prensa a la discusión de asuntos de interés público y no debería contemplarse a menos que existan razones especialmente sólidas para hacerlo*"[1013].

En caso de fusión-absorción de una empresa por parte de otra empresa, hay una transmisión universal del patrimonio y los accionistas de la primera se convierten en accionistas de la segunda, y la actividad económica realizada en el marco de la empresa absorbida, que era la esencia misma de su existencia, continúa en el marco de la empresa que se benefició de esta operación. Debido a esta continuidad de una empresa a otra, la empresa absorbida no es verdaderamente "ajena" con respecto a la empresa absorbente. Por lo tanto, condenar a la segunda empresa por actos restrictivos de la competencia cometidos antes de la fusión-absorción solo contradice en apariencia el principio de la personalidad de las penas, mientras que este principio se ve frontalmente afectado cuando se condena a una persona física por un acto cometido por otra persona física. Además una implementación sin matices del principio de la personalidad de las penas en este contexto podría hacer que la responsabilidad económica de las personas jurídicas sea inútil, ya que podrían evadir cualquier condena monetaria en asuntos económicos a través de operaciones como la fusión-absorción. La elección realizada en el derecho positivo francés está dictada, por lo tanto, por un imperativo de eficacia de la sanción monetaria, que se vería comprometido por una aplicación mecánica del principio de la personalidad de las penas a las personas jurídicas[1014]. Por lo tanto, al imponer a la sociedad demandante la multa

[1011] STEDH Total S.a. y Vitol S.A. c. Francia, de 12 de octubre de 2023, apartado 67.
[1012] Index.hu Informatikai Zrt.is
[1013] STEDH Index.hu c. Hungría, de 7 de septiembre de 2023, apartado 40.
[1014] Decisión Carrefour France c. Francia, de 1 de octubre de 2019, apartados 48 y 49.

basándose en el principio de continuidad económica y funcional de la empresa, las jurisdicciones internas no han infringido el principio de la personalidad de las penas[1015].

- CDFUE – TJUE

1. El TJUE ha reconocido a las personas jurídicas el principio de legalidad sin diferenciación alguna con respecto a las proyecciones sobre las personas físicas, por ejemplo, en la STJUE International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), C-308/06, de 3 de junio de 2008, en la que resolvió una demanda de control de legalidad relativa a la adaptación del Derecho interno del Reino Unido a la Directiva 2005/35/CE[1016], que preveía la incorporación de sanciones por contaminación de buques. La cuestión resuelta versaba sobre el concepto de negligencia grave y su indefinición en la Directiva 2005/35/CE, resolviendo el TJUE que el art. 4 de la Directiva no vulnera el principio de legalidad por no definir el concepto de negligencia grave "*que designa necesariamente una infracción patente de una obligación de diligencia*"[1017].

2. No se ha planteado ni resuelto aún cuestión prejudicial o proceso que cuestione o resuelva, desde el principio de legalidad y la necesaria previsibilidad de la norma, el criterio común y único señalado y utilizado por el legislador europeo para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, **reproducido antes y después del art. 5.1 y 5.2 de la Directiva 2005/667/JAI** en:

(i) Art. 10 Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo.
(ii) Art. 7 Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal
(iii) Art. 6 Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.
(iv) Art. 17 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.
(v) Art. 60.5 y 6 Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema

[1015] Ibid. apartado 53.
[1016] De 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones.
[1017] "*Siendo así, el concepto de «negligencia grave» en el sentido del artículo 4 de la Directiva 2005/35 debe interpretarse en el sentido de que requiere una acción u omisión involuntaria mediante la cual la persona responsable infringe, de manera patente, la obligación de diligencia que habría debido y podido cumplir teniendo en cuenta sus cualidades, sus conocimientos, sus aptitudes y su situación individual*", STJUE (Gran Sala) C-440/05, de 23 de octubre de 2007, apartado 77.

financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.
(vi) Art. 17.5 y 6 Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1781/2006.
(vii) Art. 6 de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo.
(viii) Art. 8 de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado).
(ix) Art. 10 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.
(x) Art. 12 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.
(xi) Art. 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.
(xii) Art. 1.7 de la Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (Texto pertinente a efectos del EEE), incorporándose el art. 8 ter a la propia Directiva 2005/35/CE, tras el dictado de la STJUE (Gran Sala) C-440/05, de 23 de octubre de 2007, que anuló la Decisión marco 2005/667/JAI.
(xiii) Art. 5 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.
(xiv) El derogado (por la Directiva 2013/40/UE) art. 8 de la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.
(xv) Art. 6 Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.
(xvi) El derogado (por la Directiva 2011/92/UE) art. 6 de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
(xvii) Art. 5 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado
(xviii) El derogado art. 6 de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal.

(xix) Art. 2 de la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.
(xx) El derogado (por la Directiva 2011/36/UE) art. 4 de la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.
(xxi) El derogado (por la Directiva (UE) 2017/541) art. 7 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.
(xxii) El derogado (por la Directiva 2019/713/UE) art. 7 de la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.
(xxiii) El derogado (por la Directiva 2014/62/UE) art. 8 de la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro.
(xxiv) Art. 3 del Segundo Protocolo, de 19 de junio de 1997 (sustituido por la Directiva (UE) 2017/1371 a partir del 6 de julio de 2019) establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas - Declaración conjunta relativa al apartado 2 del artículo 13 - Declaración de la Comisión relativa al artículo 7.

El mandato normativo europeo a los Estados miembros de que sus ordenamientos incorporen la responsabilidad de las personas jurídicas en las materias y por los delitos que desde 1997 se han ido determinando legislativamente, siempre se desarrolla conforme a una estructura conceptual repetida. La responsabilidad de las personas jurídicas lo es, en su caso, por los delitos tipificados para las personas físicas **cometidos en su provecho** y protagonizados:

- Por cualquier persona que tenga una posición directiva basada en:

    - Un poder de representación.
    - La facultad de adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica.
    - La facultad para ejercer el control de la persona jurídica.

- Por parte de una persona sometida a la autoridad de las personas mencionadas en el anterior apartado, cuando la falta de vigilancia o control de éstas haya hecho posible la comisión del delito.

3. En relación a la culpabilidad y en materia de protección de datos, el artículo 83 del RGPD no permite imponer una multa administrativa por una infracción contemplada en sus apartados 4 a 6 sin que se demuestre que dicha infracción fue cometida de forma intencionada o negligente por el responsable del tratamiento y que, por lo tanto, la culpabilidad en la comisión de la infracción constituye un requisito para la imposición de la multa[1018]. Un responsable del

[1018] STJUE (Gran Sala) Deutsche Wohnen SE, C-807/21, de 5 de diciembre de 2023, Apartado 75.

tratamiento puede ser sancionado por un comportamiento comprendido en el ámbito de aplicación del RGPD cuando no podía ignorar el carácter infractor de su conducta, tuviera o no conciencia de infringir las disposiciones del RGPD[1019] y, tratándose de una persona jurídica, no supone una actuación ni aun un conocimiento por parte del órgano de gestión de dicha persona jurídica[1020]

4. En virtud del principio de responsabilidad personal, un hecho sancionable sólo puede imputarse a su autor. Asimismo, conforme al principio de personalización de las penas, sólo se puede imponer una pena al culpable. Esos principios, que constituyen garantías fundamentales del Derecho sancionador, se oponen a la exigencia de responsabilidad a una persona física o jurídica que no ha sido autor de una infracción[1021]. Recogiendo de forma expresa la jurisprudencia del TEDH del asunto G.I.E.M. c Italia, el TJUE reconoce su alcance a las personas jurídicas en aplicación de la carta[1022].

El TJUE señala (en el marco del derecho de la competencia) que incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa de que se trata en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa ya no estuviera bajo su responsabilidad[1023].

Y, en el marco del derecho a la protección de datos, que el legislador de la Unión no ha establecido, a efectos de la determinación de la responsabilidad en virtud de dicho Reglamento, una distinción entre las personas físicas y las personas jurídicas, ya que esta responsabilidad está sujeta únicamente al requisito de que estas, solas o conjuntamente con otras, determinen los fines y los medios del tratamiento de datos personales[1024]. Por lo que respecta a las personas jurídicas, estas son responsables no solo de las infracciones cometidas por sus representantes, directores o gestores, sino también por cualquier otra persona que actúe en el ámbito de la actividad empresarial de esas personas jurídicas y en su nombre[1025], sin que sea necesaria una sanción de una persona física para que pueda alcanzarse una sanción de la persona jurídica.

[1019] Ibid. Apartado 76.
[1020] Ibid. Apartado 77.
[1021] STGUE Moreda-Riviere Trefilerías y otros, asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, de 2 de junio de 2016, apartado 316, con referencia a as conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas en el asunto Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1997:357, punto 74, y las del Abogado General Bot presentadas en los asuntos acumulados ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, C-201/09 P y C-216/09 P, EU:C:2010:634, punto 181, y en el asunto ThyssenKrupp Nirosta/Comisión, C-352/09 P, EU:C:2010:635, apartado 162.
[1022] STJUE Delta Stroy 2003, C-203/21, de 10 de noviembre de 2022, apartado 45.
[1023] STJUE, ThyssenKrupp Nirosta/Comisión, C-352/09 P, de 29 de marzo de 2011, apartado 143 y jurisprudencia citada.
[1024] STJUE (Gran Sala) Deutsche Wohnen SE, C-807/21, de 5 de diciembre de 2023, Apartado 42.
[1025] Ibid. Apartado 44.

También en el marco del derecho de la competencia, señala el TJUE que procede recordar que, conforme a una reiterada jurisprudencia que no se ha visto cuestionada con la entrada en vigor de la CDFUE, en determinadas circunstancias una persona jurídica que no es el autor de una infracción del Derecho de la competencia puede, sin embargo, ser sancionada por el comportamiento infractor de otra persona jurídica si estas dos personas **forman parte de la misma entidad económica** y constituyen, en consecuencia, una empresa en el sentido del artículo 101 TFUE. Así, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, pese a disponer de una personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. A este respecto, el TJUE ha precisado que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular, directa o indirectamente, de la totalidad o la práctica totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión Europea en materia de competencia, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial[1026].

El TGUE también se ha pronunciado, en el marco del Derecho de la Competencia europeo sancionador sobre el concepto de empresa (cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación[1027] y que constituya unidad económica, es decir, **una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado** aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas[1028]), el principio de responsabilidad personal y cómo enfrentar, desde los parámetros de ese principio, las situaciones de cambio jurídico u organizativo de la empresa que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia, señalando:

- Si las empresas pudieran eludir las sanciones por el mero hecho de que su identidad se haya visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasorias.
- Este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas.

[1026] STJUE Villeroy & Boch AG, C-625/13 P, de 26 de enero de 2017, apartados 145 a 147. "*La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se expone en los apartados 145 a 148 de la presente sentencia no vulnera este principio*", apartado 149 de la misma resolución.
[1027] STGUE Moreda-Riviere Trefilerías y otros, asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, de 2 de junio de 2016, apartado 313.
[1028] Ibid. apartado 315.

- Cuando, entre el momento en que se cometió la infracción y el momento en que la empresa en cuestión debe responder de la misma, la persona jurídica responsable de la infracción ha cesado de existir jurídicamente por haber sido absorbida por otra persona jurídica, esta última asume el activo y el pasivo de la primera, incluida la responsabilidad en que se incurrió por haber cometido una infracción del Derecho de la Unión[1029].
- En este caso, la responsabilidad por la infracción cometida por la empresa absorbida puede imputarse a la nueva entidad resultante de esa absorción, incluso en el supuesto de que la empresa absorbida haya cedido o transferido previamente las actividades en el marco de las cuales cometió la infracción[1030]

Esta doctrina se enfrenta, en su aplicación directa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con tratarse de conceptos propios del derecho de la competencia. Ver al respecto lo que se señala sobre este extremo al analizar la presunción de inocencia y el sistema de presunciones admitido por el TJUE en relación a la influencia de las matrices en sus filiales en materia de derecho de la competencia.

- CE – TC

El TC por primera vez analizó la alegada vulneración del principio de tipicidad por parte de una persona jurídica (Banco Bilbao Vizcaya, ante una sanción por no haber funcionado las medidas de seguridad legalmente establecidas para la evitación de la comisión de actos delictivos de terceros –modulo cajero de apertura retardada y alarma-) en la STC 246/1991, de 19 de diciembre, en la que recogiendo la doctrina de la STC 133/1987 cuyo contenido ha sido mencionado en las líneas precedentes, lo considera aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores con su mismo contenido, considerando en el caso concreto la perfecta delimitación previa de la norma de la infracción y la sanción. En el mismo sentido de reconocimiento del derecho, pero denegación de la vulneración, STC 129/2003, de 30 de junio.

El TC se ha pronunciado sobre la culpabilidad de las personas jurídicas como dimensión integrada en el principio de legalidad, con ocasión de la imposición de sanciones a estas en el marco del derecho administrativo. Así, el TC parte en la STC 246/1991 de la misma jurisprudencia y contenido que el fijado para las personas físicas y el derecho penal, pero sostiene:

[1029] STGUE de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, EU:T:2006:396, apartados 324 a 326; véanse igualmente, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Mischo presentadas en el asunto Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, C-286/98 P, EU:C:2000:263, punto 75.

[1030] STJUE de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 145, y de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, EU:T:2006:396, apartado 326.

- Que la Constitución no ha optado por una doctrina de la culpabilidad, convirtiendo en norma un determinado modo de entenderlo[1031].
- Que el Derecho Administrativo admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora; y
- Que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se ha suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.

En los propios términos del TC: "*el principio de culpabilidad —que rige también en materia de infracciones administrativas— no impide "que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora"* ***manteniéndose el elemento subjetivo de la culpa*** *que, no obstante, "se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas" pues "esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos" (FJ 2). La responsabilidad en estos casos se configura, "sobre la capacidad de infracción y la responsabilidad, 'que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz... y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma'[1032]. "La referida doctrina constitucional ha tenido su reflejo en la normativa administrativa, pues el art. 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, dispone: "Artículo 28. Responsabilidad. 1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa"* [1033].

Para el TC esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos

[1031] Lo que procede de la resolución de la STC 150/1991, de 4 de julio, de la concreta propuesta del Juez Instructor de Daroca que planteaba una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 10.15 –reincidencia- del anterior Código Penal, por ser incompatible con la doctrina de la culpabilidad como *normalidad de la motivación* (según la cual no puede el Estado imponer a sus ciudadanos penas en virtud de normas que aquéllos no pueden aprehender motivando su conducta con arreglo a las mismas, y que el art. 10.15 CP, por la complejidad de sus presupuestos fácticos, prescindiría de la exigencia elemental del conocimiento del injusto por el sujeto pasivo), señalando al efecto el TC que la Constitución no convierte en norma una determinada forma de entenderlo, a saber, la de la "*normalidad de la motivación"*.
[1032] STC 86/2017, de 4 de julio.
[1033] STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 5.

delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma[1034]. Tal y como se analiza en el estudio de la presunción de inocencia, y en el marco del derecho administrativo sancionador, esto se traduce en que constatados los elementos objetivos de la infracción, les corresponde a las personas jurídicas un principio de prueba, por mínimo que sea, que permita hacer pensar que la infracción de la norma no le era reprochable.[1035]

Con respecto a la doctrina constitucional sobre los principios de personalidad y culpabilidad a los que está sujeto el ejercicio del ius puniendi del Estado, si bien se ha desarrollado respecto de las personas físicas, resulta también aplicable a las personas jurídicas, pero de forma distinta a como se hace respecto de aquellas. […]. En los casos de fusión por absorción y en otros supuestos de sucesión entre personas jurídicas, la responsabilidad por infracciones administrativas se transmite siempre que exista una **"identidad económica sustancial",** es decir, cuando la actividad económica en el seno de la cual se cometió la conducta infractora continúe en el nuevo titular jurídico […]. No se puede considerar que el criterio de la "identidad económica sustancial", como fundamento de la transmisión de la responsabilidad por infracción entre personas jurídicas, sea contrario al principio de culpabilidad y personalidad de las sanciones del art. 25.1 CE. Según señala nuestra jurisprudencia, tales principios son aplicables a las personas jurídicas, pero "necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas"[1036].

[1034] SSTS 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2, 129/2003, de 30 de junio, FJ 8, 86/2017, de 4 de julio, FJ 5, ATC 193/2007, de 26 de marzo, FJ 4.
[1035] STC 129/2003, de 30 de junio, FJ 8.
[1036] STC 179/2023, de 121 de diciembre, FJ 3.

IV. Derechos y libertades fundamentales procesales relacionados con la responsabilidad penal de la persona jurídica

A. Derecho fundamental a la presunción de inocencia

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 6.2 CEDH

La presunción de inocencia como integrado en el derecho a un proceso equitativo/justo ("Right to a fair trial" en la versión oficial inglesa/"Droit à un procès équitable" en la versión oficial francesa) se desarrolla, como la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, en el contexto de los procesos abarcados por el concepto autónomo de las acusaciones en materia penal, concepto autónomo desarrollado en el apartado general de persona jurídica y derechos fundamentales.

La presunción de inocencia reconocida en el art. 6.2 CEDH parte en su contenido de la literalidad del artículo como lugar común, pero incorpora mucha más proyección a través de sus dos dimensiones sucesivas de contenido, la que se proyecta sobre el desarrollo del proceso penal y otra afectante a las situaciones post procesales de absoluciones o sobreseimientos: (i) El primer aspecto incorpora requerimientos relacionados con (1) la carga de la prueba, (2) las presunciones de hecho y de derecho, (3) el derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo, (4) la publicidad anterior al juicio, o (5) las expresiones prematuras del tribunal enjuiciador o de funcionarios con respecto a la culpabilidad. (ii) El segundo aspecto protege a las personas de ser tratados por las autoridades o funcionarios públicos como culpables, así como la dimensión pública de las personas, solapándose con la protección otorgada por el art. 8 CEDH.

a) Contenido procesal

1. La carga de la prueba

El principio de presunción de inocencia exige que (1) en el cumplimiento de sus funciones los miembros del tribunal no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito imputado, (2) que la carga de la prueba recaiga en la acusación y (3) que cualquier duda sea resuelta de forma favorable para el acusado[1037], tanto en primera instancia como en los recursos que quepan contra la sentencia[1038].

Si la carga de la prueba se invierte de la acusación a la defensa se vulnera la presunción de inocencia[1039] afectando esa carga de la prueba: (i) a la existencia de

[1037] STEDH Barberá, Messegue y Jabardo c. España, de 6 de diciembre de 1988, apartado 77.
[1038] STEDH Konstas c. Grecia, de 24 de mayo de 2011, apartado 36.
[1039] SSTEDH Telfner c. Austria, de 20 de marzo de 2001, apartado 15, John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartado 54.

los elementos de la infracción y a (ii) la participación del acusado en los mismos a través:

(i) Del vínculo objetivo –prohibición de la responsabilidad por el hecho cometido por otro-: Tradicionalmente tratado por el TEDH en el ámbito de los derechos incluidos en el art. 6.2 CEDH (presunción de inocencia), desde la STEDH Varvara c. Italia[1040], de 29 de octubre de 2013, apartado 63, el TEDH considera que el principio de personalidad de las penas (la prohibición de penalidad a una persona por el delito cometido por otro) emana del principio de legalidad en derecho penal pues (como deja entrever en el apartado 62), no dejaría de ser una interpretación extensiva del delito –subjetiva- y, por tanto, prohibida por el art. 7.1 CEDH, siendo inconcebible desde el requerimiento cualitativo de la norma de la previsibilidad el que se pudiera condenar por hechos de otros.

(ii) Del vínculo subjetivo: Desde el necesario requisito cualitativo de la norma de su previsibilidad, la misma ha de ser evaluada desde la perspectiva de la persona acusada, y sus circunstancias subjetivas. Esta conexión entre la accesibilidad y previsibilidad de la norma conducen al TEDH a considerar que la lógica de la pena y de la punibilidad así como el concepto de persona culpable ("guilty" en la versión oficial inglesa/"personne coupable" en la versión oficial francesa), conducen a que el art. 7 CEDH incorpora el vínculo entre la dimensión/elementos materiales de la infracción y la persona que se considere autor de las mismas. Este vínculo sería de naturaleza intelectual (consciencia y voluntad) –"*mental link*"/"*lien de nature intellectuelle*"-y sería el que permitiría determinar la responsabilidad en la conducta del autor material, sin el que la pena no estaría justificada. Para el TEDH carecería de sentido exigir una base legal accesible y previsible para a continuación considerar a una persona culpable e imponerle una pena cuando no estaba en disposición de conocer la ley penal como consecuencia de un error invencible[1041]. Así, este elemento de conexión queda abarcado por la presunción de inocencia y la necesaria prueba.

Desde lo anterior, corresponde a las autoridades nacionales el determinar el estándar de prueba necesario para determinar que una persona es culpable del delito[1042], y su respeto en el contenido de la sentencia alcanza al proceso justo del art. 6.1 CEDH[1043].

2. Las presunciones de hecho y de derecho

Partiendo del concepto autónomo del TEDH de las acusaciones en materia penal, el derecho de todo acusado a la presunción de inocencia y a que la acusación

[1040] Posicionamiento confirmado por la Gran Sala en STJUE G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartados 271 y 274.
[1041] SSTEDH Sud Fondi SRL y otros c. Italia, de 20 de enero de 2009, apartado 116 y (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 242.
[1042] STEDH Bikas c. Alemania, de 25 de enero de 2018, apartado 59, en el que un Tribunal Alemán explícitamente detalló cuatro episodios de abusos sexuales y dio por acreditados otros cincuenta por coincidencia de la víctima sin poder especificar el exacto momento y lugar de los mismos pero teniéndolos por probados, usándolos como fundamento de una circunstancia agravante.
[1043] STEDH Grayson y Barnham c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 2008, apartado 39.

soporte la carga de probar las acusaciones formuladas contra él no es absoluto, y las presunciones de hecho o de derecho de un sistema jurídico no están prohibidas en principio por el CEDH[1044], siempre y cuando los Estados las mantengan dentro de límites razonables teniendo en cuenta la gravedad del supuesto y siempre preservando el derecho de defensa[1045], de forma que no se convierta en imposible a un individuo exonerarse de las acusaciones que se formulen contra él[1046].

Generalmente los Estados las reservan y aplican a infracciones rutinarias (como las de tráfico) que, desde el concepto autónomo del TEDH, quedan abarcadas por el art. 6.2 CEDH.

3. El derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo

Ya tratado como elemento integrador del derecho a un proceso equitativo (6.1 CEDH), su relación con la presunción de inocencia (6.2 CEDH) se alcanza en las situaciones en las que el material probatorio de la acusación pueda reclamar en un contexto de contradicción una explicación del acusado, su silencio puede potenciar el grado de persuasión de las pruebas de la acusación, lo que habrá de determinarse en cada caso desde las reglas del sentido común en la valoración de la prueba, sin que lo mismo suponga una inversión de la carga de la prueba ni una vulneración del derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo[1047]. En sentido contrario, solicitar una explicación del acusado cuando no se ha establecido una evidencia convincente de la concurrencia del hecho sobre el que se piden explicaciones supone una inversión de la carga de la prueba[1048].

4. La publicidad o campañas de prensa perjudiciales anteriores y concomitantes al juicio

Los artículos periodísticos que se desarrollen con anterioridad al desarrollo del juicio poseen especial incidencia con el principio a la presunción de inocencia, y el planteamiento en cuanto al conflicto de derechos en juego es análogo al que opera ante supuestos de valoración de injerencias en la propia imagen. Así, en estos supuestos la libertad de expresión/información (art. 10 CEDH) y la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) operan con un mismo peso en la ponderación de las situaciones en conflicto[1049]. Partiendo de que sería inconcebible la inexistencia de discusiones o noticias previas o contemporáneas a los procesos, los periodistas deben tener en cuenta que junto con su derecho a la libertad de expresión/información y el derecho del público a recibir las informaciones, las personas acusadas en un proceso penal tienen el derecho a un Tribunal imparcial y a la presunción de inocencia, lo que tiene que ser tenido en cuenta por los periodistas cuando comenten procesos penales pendientes de juicio, en tanto que

[1044] Decision Falk c. Paises Bajos, de 19 de octubre de 2004
[1045] STEDH Salabiaku c. Francia, de 7 de octubre de 1988, apartado 28.
[1046] SSTEDH Salabiaku c. Francia, de 7 de octubre de 1988, apartados 27 y 28, Janosevic c. Suecia, de 23 de julio de 2002, apartado 68, VII y Klouvi c. Francia, de 30 de junio de 2011, apartado 48.
[1047] STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartados 47, 54.
[1048] Decisión Krauss c. Austria, de 6 de febrero de 2018, apartado 27.
[1049] STEDH (Gran Sala) Bédat c. Suiza, de 29 de marzo de 2016, apartado 53.

los límites de sus comentarios permitidos no incluyen manifestaciones que puedan perjudicar, intencionalmente o no, las oportunidades de la persona acusada de un juicio justo o socavar la confianza del público en la administración de justicia penal[1050], derecho del que disfrutan también los personajes públicos[1051]. Desde los anteriores parámetros, sólo importantes razones pueden hacer que el TEDH modifique la ponderación de los derechos e intereses en juego que hayan desarrollado los órganos judiciales nacionales[1052].

En el caso del periodista que publicó antes del juicio contenidos del sumario de una instrucción suiza junto con valoraciones del acusado sensacionalistas y que fue condenado a un mes de prisión suspendida durante un año, el TEDH consideró que la libertad de expresión/información no amparan esas injerencias en la presunción de inocencia[1053], destacando que la imposibilidad de determinar a posteriori la influencia de los potenciales artículos justifica por sí mismo la adopción de medidas por las autoridades como la prohibición de difusión de información secreta del sumario[1054], y ello desde las obligaciones positivas que el art. 8 del CEDH exigen a los Estados para proteger a las personas que sean víctimas de la vulneración del genérico secreto de las investigaciones judiciales[1055], incluyendo los procesos penales frente a los difusores de la información judicial secreta.

Las disposiciones del CEDH y las de los Estados se complementan en este punto con el contenido de la Recomendación REC(2003)13 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa adoptada el 10 de julio de 2003 y los principios contenidos en su anexo, entre los que figura (11) la necesaria existencia de un recurso eficaz al que pueda acudir la persona acusada en un proceso penal que haya podido experimentar publicidad perjudicial antes del juicio.

5. Las expresiones prematuras del tribunal enjuiciador o de funcionarios con respecto a la culpabilidad.

La presunción de inocencia reconocida en el art. 6.2 CEDH se viola en caso de que manifestaciones de un funcionario público relacionadas con una persona acusada en un proceso penal reflejen su opinión de que el mismo es culpable antes que dicha culpabilidad haya sido probada de acuerdo con la ley[1056] (a diferencia de

[1050] SSTEDH Tourancheau y July c. Francia, de 24 de noviembre de 2005, apartado 66, Worm vc Austria, de 29 de Agosto de 1997, apartado 50, Campos Dâmaso c. Portugal, de 24 de abril de 2008, apartado 31; Pinto Coelho c. Portugal, de 28 de junio de 2011, apartado 33, Ageyevy c. Rusia, de 18 de abril de 2013, apartado 225.
[1051] STEDH Worm vc Austria, de 29 de Agosto de 1997, apartado 50.
[1052] STEDH MGN Limited c. Reino Unido, de 18 de enero de 2011, apartados 150 y 155, Haldimann and Others c. Suiza, de 24 de febrero de 2015, apartado 55, Bédat c. Suiza (Gran Sala), de 29 de marzo de 2016, apartado 54.
[1053] STEDH (Gran Sala) Bédat c. Suiza, de 29 de marzo de 2016, apartados 59 a 61.
[1054] Ibid. apartado 70.
[1055] Ibid. apartado 76.
[1056] STEDH Daktaras c. Lituania, de 10 de octubre de 2000, apartado 41.

aquellas en las que se describan las situaciones de sospecha[1057] aplicables a los pronunciamientos de medidas cautelares), incluyendo manifestaciones de fiscales[1058], Jueces[1059] (cuyas observaciones están sometidas a controles más estrictos que las de las autoridades investigadoras[1060], expresión prematura de tal opinión por el propio tribunal que viola claramente la presunción de inocencia[1061]), policías[1062] o autoridades políticas como el ministro del Interior[1063] y sean actuaciones procesales o extraprocesales.

El artículo 6.2 no impide a las autoridades informar al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela que requiere el respeto a la presunción de inocencia[1064].

La cuestión de saber si las palabras de un juez u otra autoridad pública socavan el principio de presunción de inocencia debe determinarse en el contexto de las circunstancias específicas en las que se han emitido dichas declaraciones[1065], sin que el hecho de que el demandante haya sido juzgado definitivamente culpable permita descartar su derecho inicial a ser considerado inocente hasta que su culpabilidad haya sido probada conforme a la ley[1066].

6. La importancia de las apariencias de la administración de justicia justa

EL TEDH ha considerado violentada la presunción de inocencia en el caso de la presentación en un juicio ante un jurado (durante más de un año) a los acusados en cajas de metal al generarles a los mismos humillación, miedo, angustia, inferioridad y ausencia de auxilio, considerando la conducta en si misma degradante[1067].

b) Contenido post procesal

La presunción de inocencia significa que en aquellos casos en los que existió una acusación en materia penal y los procedimientos penales hayan terminado en una absolución, la persona que era el sujeto de los procesos penales es inocente a los

[1057] SSTEDH Dicle y Sadak c. Turquía, de 16 de junio de 2015, apartado 52, Ramkovski c. República de Macedonia, de 8 de febrero de 2018, apartado 82.
[1058] STEDH Daktaras c. Lituania, de 10 de octubre de 2000, apartado 42.
[1059] SSTEDH Minelli c. Suiza, de 25 de marzo de 1983, apartados 37 y 38, Nerattini c. Grecia, de 18 de diciembre de 2008, apartado 23, Didu c. Rumanía, de 14 de abril de 2009, apartado 41.
[1060] STEDH Pandy c. Bélgica, de 21 de septiembre de 2006, apartado 43.
[1061] SSTEDH Nešťák c. Eslovaquia, de 27 de febrero de 2007, apartado 88, Garycki c. Polonia, de 6 de febrero de 2007, apartado 66.
[1062] STEDH Y.B. y otros c. Turquía, de 28 de octubre de 2004, apartado 50.
[1063] STEDH Allenet de Ribemont c. Francia, de 10 de febrero de 1995, apartado 41.
[1064] SSTEDH Fatullayev c. Azerbaiyán, de 22 de abril de 2010, apartado 159; Allenet de Ribemont c. Francia, de 10 de febrero de 1995, apartado 38; Garycki c. Polonia, de 6 de febrero de 2007, apartado 69.
[1065] STEDH Daktaras c. Lituania, de 10 de octubre de 2000, apartado 43.
[1066] SSTEDH Matijašević c. Serbia, de 19 de septiembre de 2009, párrafo 49, Nešťák c. Eslovaquia, de 27 de febrero de 2007, párrafo 90.
[1067] STEDH (Gran Sala) Svinarenko y Slyadnev c. Rusia, de 17 de julio de 2014, apartado 138.

ojos de la ley, y debe ser tratado de forma coherente con esa inocencia[1068]. Así, la presunción de inocencia también impide que las personas que han sido absueltas o a las que se les han retirado los cargos (en los que la vertiente procesal de la presunción de inocencia ya ha operado) sean tratadas por los funcionarios o las autoridades públicas como si fueran de hecho culpables del delito que se les había imputado. Sin una protección destinada a que se respete en cualquier procedimiento ulterior una absolución o una decisión de retirada de cargos, las garantías del art 6.2 CEDH correrían el riesgo de convertirse en teóricas e ilusorias. Lo que también está en juego, tras la finalización de un proceso penal, es la reputación del interesado y la forma en que éste es percibido por el público[1069]. Cada vez que se plantee la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6.2 en un procedimiento posterior, el demandante debe demostrar la existencia de un vínculo entre el proceso penal concluido y la acción subsiguiente. Tal vinculación puede presentarse, por ejemplo, cuando la acción ulterior requiere el examen de los resultados del procedimiento penal y, en particular, cuando obliga a la jurisdicción correspondiente a analizar la sentencia penal, participar en un estudio o valorar los elementos de prueba vertidos en el proceso penal, hacer una apreciación de la participación del demandante en una o todas las circunstancias que han conducido a inculparlo, o a formular comentarios sobre los indicios que siguen apuntando a la posible culpabilidad del interesado[1070]. El TEDH ha considerado esta dimensión de la presunción de inocencia (i) la obligación impuesta a un ex-acusado de asumir las costas judiciales y del fiscal[1071]; (ii) demandas de indemnización interpuesta por un ex-acusado relativa a una detención provisional o a cualquier otra circunstancia perjudicial del proceso penal[1072]; (iii) demandas formulada por un ex-acusado para que le devuelvan los gastos de su defensa[1073]; (iv) demandas de indemnización de un ex-acusado por los daños causados por una investigación o un procedimiento irregulares o abusivos[1074]; (v) la obligación civil de indemnizar a la víctima[1075]; (vi) el rechazo de una acción civil presentada por el demandante contra una compañía de

[1068] STEDH (Gran Sala) Allen c. Reino Unido, de 12 de julio de 2013, apartado 103.
[1069] Ibid. apartado 94.
[1070] Ibid. apartado 104.
[1071] SSTEDH Minelli c. Suiza, de 25 de marzo de 1983, declaración McHugo c. Suiza de 12 Mayo 2005.
[1072] SSTEDH Englert c. Alemania, de 25 de Agosto de 1987, Nölkenbockhoff c. Alemania, de 25 de Agosto de 1987, Sekanina c. Austria, de 25 de agosto de 1993, Asan Rushiti c. Austria, de 21 de marzo de 2000, Mulaj y Sallahi c. Austria (declaración) de 27 de junio de 2002, Baars c. Paises Bajos, de 28 de octubre de 2003; Capeau c. Bélgica de 6 de abril de 2004, Del Latte c. Paises Bajos de 9 de noviembre de 2004, A.L. c. Alemania, de 28 de abril de 2005, Puig Panella c. España, de 25 de abril de 2006; Tendam c. España, de 13 de julio de 2010, Bok c. Paises Bajos de 18 de enero de 2011, Lorenzetti c. Italia, de 10 de abril de 2012.
[1073] SSTEDH Lutz c. Alemania de 25 de Agosto de 1987, Leutscher c. Paises Bajos, de 26 de marzo de 1996, Yassar Hussain c. Reino Unido, de 7 de marzo de 2006, Ashendon y Jones c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011.
[1074] SSTEDH Panteleyenko c Ucrania, de 29 de junio de 2006, Grabchuk c Ucrania, de 21 de septiembre de 2006.
[1075] SSTEDH Ringvold c. Noruega, de 11 de febrero de 2003, Y v. Norway, de 11 de febrero de 2003, Erkol c. Turquía de 19 de abril de 2011, Vulakh y otros c. Rusia, de 10 de enero de 2012, Diacenco c. Rumanía de 7 de febrero de 2012, Lagardère c. Francia de 12 de abril de 2012, Constantin Florea c. Rumanía, de 19 de junio de 2012.

seguros[1076]; (vii) el mantenimiento en vigor de una orden de tutela pública de un niño, tras la decisión del Fiscal de no inculpar a los padres por maltrato[1077]; (viii) cuestiones disciplinarias o de despido[1078]; (ix) la revocación del derecho del demandante a una vivienda social[1079]

Desde lo anterior, el TEDH manifiesta a su vez que la exoneración de la responsabilidad penal no cierra la puerta a declaraciones de responsabilidades civiles o de otro tipo en relación a los mismos hechos, pero sobre la base de estándares de carga de la prueba menos estrictos[1080].

- CDFUE – TJUE: art. 48.1 CDFUE y Derecho derivado

El art. 48 CDFUE recoge el derecho a la presunción de inocencia[1081], complementado por el contenido de los considerandos y los arts. 3 a 6 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

Señalan las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales[1082] que el artículo 48 CDFUE coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH, y tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH.

a) Contenido procesal

El contenido de la presunción de inocencia debe aplicarse desde el momento en que una persona sea sospechosa o esté acusada de haber cometido una presunta infracción penal[1083], y, por lo tanto, incluso antes de que las autoridades

[1076] SSTEDH Lundkvist c. Suecia (declaración) de 13 de noviembre de 2003, Reeves c. Noruega de 8 de julio de 2004.
[1077] Decisión O.L. c. Finlandia, de 5 de julio de 2005.
[1078] SSTEDH Moullet c. Francia, de 13 de septiembre de 2007, Taliadorou y Stylianou c. Chipre, de 16 de octubre de 2008, Šikić c. Croacia, de 15 de julio de 2010, Çelik (Bozkurt) c. Turquía de 12 de abril de 2011.
[1079] STEDH Vassilios Stavropoulos c. Grecia, de 27 de septiembre de 2007.
[1080] SSTEDH Ringvold c. Noruega, de 11 de febrero de 2003, apartado 38, Jakumas c. Lituania, de 18 de julio de 2006, apartado 57, Çelik (Bozkurt) c. Turquía, de 12 de abril de 2011, apartado 30, Vella c. Malta, de 11 de febrero de 2014, apartado 56, Güç c. Turquía, de 23 de enero de 2018, apartado 39.
[1081] "*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.*
Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar […]"
[1082] DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[1083] La Directiva (UE) 2016/343 únicamente debe aplicarse al proceso penal tal como lo interpreta el TJUE, sin perjuicio de la jurisprudencia del TEDH y el concepto autónomo de acusación penal del art. 6.1 CEDH, Directiva (UE) 2016/343, considerando 11.

competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada[1084].

1. La carga de la prueba

La carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado[1085].

2. Las presunciones de hecho y de derecho

La utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Dichas presunciones deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa[1086].

3. El derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo

Ya tratado con ocasión del análisis de los elementos integradores de la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE), el ejercicio de estos derechos deba considerarse por sí mismo como prueba de que el interesado haya cometido la infracción penal en cuestión[1087]. Ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa[1088].

4. La publicidad o campañas de prensa perjudiciales anteriores y concomitantes al juicio

Cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no deben referirse a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas[1089].

5. Las expresiones prematuras del tribunal enjuiciador o de funcionarios con respecto a la culpabilidad.

[1084] Art. 2, Considerando 12 de la Directiva (UE) 2016/343, STJUE Emil Milev, C‑310/18 PPU, de 19 de septiembre de 2018, apartado 39.
[1085] Directiva (UE) 2016/343 Arts. 3 y 6 y considerando 22.
[1086] Ibid. considerando 22.
[1087] Ibid. Art. 7.5.
[1088] Ibid. considerando 28.
[1089] Ibid. considerando 19.

Se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas[1090], o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable, todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el escrito de acusación, y sin perjuicio de las resoluciones judiciales como resultado de las cuales adquiere eficacia una condena suspendida, siempre y cuando se respete el derecho de defensa[1091] y sin que el derecho a la presunción de inocencia impida que, en el contexto de la adopción de medidas cautelares personales (prisión preventiva), la motivación del Tribunal no sólo se extienda a los fundamentos de la adopción, sino también abarcando los motivos de desestimación de la oposición a la medida de la defensa[1092].

La obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal, como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal, o con el interés público, como por ejemplo cuando, por razones de seguridad, se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente, o cuando el ministerio fiscal u otra autoridad competente facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público[1093].

Por lo que respecta a las declaraciones efectuadas por una autoridad pública tras el cierre de una investigación de la OLAF, ya se ha declarado que el respeto del principio de presunción de inocencia no se opone a que, con el fin de informar al público, con la mayor precisión posible, de las medidas adoptadas en el contexto de posibles disfunciones o de fraude, una institución de la Unión haga mención, en términos equilibrados y medidos y de manera fundamentalmente fáctica, de las principales conclusiones del informe de la OLAF sobre un miembro de una institución[1094].

6. La importancia de las apariencias de la administración de justicia justa

Las autoridades deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de

---

[1090] "*Por «declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas» debe entenderse cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad*", Ibid. considerando 17..
[1091] Ibid. Art. 4 y Considerando 16.
[1092] STJUE Amil Milev, C-310/18 PPU, de 19 de septiembre de 2018, apartado 48; ATJUE RH, C-8/19 PPU, de 12 de febrero de 2019.
[1093] Directiva (UE) 2016/343, considerando 18.
[1094] STGUE KN, T-401/21, de 30 de noviembre de 2022, apartado 67.

medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad[1095] ni vistiendo indumentaria de prisión[1096].

b) Contenido post procesal

El principio de presunción de inocencia puede resultar violado cuando la motivación de una resolución judicial refleja el sentimiento de que una persona es culpable de una infracción después de que ésta ha sido absuelta, en cambio, en unos procedimientos penales previos[1097].

- CE – TC: art. 24.2 CE

Cuando el Estado ejercita el ius puniendi a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria[1098].

La presunción de inocencia no surge, ciertamente, con la Constitución. En la exposición de motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se dice ya que «el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado» y la Ley toda está orientada por el deseo de conjugar este derecho con el que, según palabras de la misma exposición, tiene la sociedad de castigar. La constitucionalización no es simplemente, sin embargo, la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivación de un derecho a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2, de la C.E.), y su elevación al rango de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento[1099].

a) Contenido procesal

1. La carga, la práctica y la valoración de la prueba

La presunción de inocencia es una presunción legal iuris tantum que, como tal, puede ser destruida por la prueba en contrario[1100], asistiendo al acusado del proceso penal[1101]. Como regla de juicio impone exigencias tanto respecto a quién

[1095] Directiva (UE) 2016/343, Art. 5 y considerando 20.
[1096] Ibid. Art. 5 y Considerando 21.
[1097] STJUE Kalliopi Nikolaou, C‑220/13 P, de 10 de julio de 2014, apartado 35.
[1098] STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 2.
[1099] STC 56/1982, de 26 de julio, FJ 2.
[1100] STC 29/1981, de 24 de julio, FJ 6.
[1101] En realidad, no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos, STC 13/1982, de 1 de abril, FJ 2.

debe aportar las pruebas, en qué momento y lugar deben practicarse los medios de prueba, qué debe entenderse por prueba legal y constitucionalmente válida, así como respecto a la necesidad de que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y de la experiencia y a la obligación de motivar[1102], y comporta, en el orden penal, al menos las siguientes exigencias[1103]:

1ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una "probatio diabólica" de los hechos negativos.

En relación con un delito concreto, esto abarca en su entera dimensión objetiva y subjetiva. En relación a los elementos objetivos, abarca no sólo el hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado[1104], incluyendo la prueba de la autoría de quien resulte imputado o su participación, pues la inocencia de la que habla el art. 24 CE ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él[1105].

Y en relación con los elementos subjetivos, debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial[1106].

2ª) Solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad.

La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica a la del sumario y, como este, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación del delincuente, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (art. 299 LECr). Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carezcan de eficacia probatoria. No cabe negarles tal para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado[1107].

3ª) De dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea

[1102] STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 2.
[1103] STC 138/1992, de 13 de octubre, FJ 1.
[1104] STC 32/1995, de 6 de febrero, FJ 4.
[1105] STC 150/1999, de 25 de septiembre.
[1106] SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2.
[1107] SSTC 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril; 137/1988, de 7 de julio.

imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.

Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción. De esta manera, la prueba preconstituida o anticipada poseerá virtualidad para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando se hayan practicado con observancia de las garantías establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal y hayan sido incorporadas al juicio oral mediante su lectura, de tal manera que se permita a la defensa del acusado someterlas a contradicción, no bastando con la utilización de simples fórmulas de estilo como "dar por reproducidas"[1108].

4ª) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que este ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

En la prueba directa la demostración del hecho enjuiciado deriva de modo inmediato del medio de prueba utilizado, correspondiendo a la vía de amparo únicamente la comprobación de la existencia de dicho medio y la verificación de que en alguna forma pueda entenderse incriminador para quien resulta condenado, perteneciendo el resto al ámbito de la valoración de la exclusiva competencia de la jurisdicción penal (art. 117.3 CE). En la prueba indiciaria, en cambio, caracterizada por un mayor subjetivismo en cuanto el Juez ha de realizar el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, deben concurrir los requisitos que diferencian a dicha prueba de las meras sospechas y conjeturas[1109] con la presencia de unos indicios suficientemente probados y la condición de racionalidad y coherencia en el proceso mental que ha de exteriorizarse en la resolución judicial y que lleva a entender probados los hechos constitutivos del delito[1110] y debe considerarse que la arbitrariedad o incoherencia en dicho nexo constituye un límite negativo a la admisibilidad de la presunción como auténtica prueba[1111] excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia[1112].

5ª) Para que la valoración de la prueba practicada en el juicio conforme las previsiones del art. 741 LECr pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por

[1108] SSTC 62/1985, de 10 de mayo; 22/1988, de 18 de febrero; 25/1988, de 23 de febrero; 137/1988, de 7 de julio; 201/1989, de 30 de noviembre; 217/1989, de 21 de diciembre; 51/1990, de 26 de marzo; 10/1992, de 16 de enero; 323/1993, de 8 de noviembre; 32/1995, de 6 de febrero, FJ 4.
[1109] STC 256/1988, de 21 de diciembre, FJ 2.
[1110] SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 175/1985, de 17 de diciembre.
[1111] SSTC 169/1986, de 22 de diciembre; 150/1987, de 1 de octubre.
[1112] SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5.

tanto, la culpabilidad del procesado[1113]. Para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad, obtenida de la valoración de la prueba, que ha llegado con las debidas garantías al proceso. Las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del juzgador; de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios, y de las garantías de su aportación[1114]. La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas[1115]; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida[1116].

Ver al respecto el estudio de la Tutela judicial efectiva.

2. Las presunciones de hecho y de derecho

Como quiera que se califique al tipo delictivo, bien de peligro simplemente bien de peligro abstracto o remoto, en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure. La primera modalidad de presunción iuris tantum no es admisible constitucionalmente ya que produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 C.E. Y la segunda modalidad, la presunción iuris et de iure, tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ahora bien, como es lógico lo anterior no obsta a la legitimidad constitucional de la prueba de

[1113] STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3.
[1114] STC 55/1982, de 26 de julio, FJ 2.
[1115] "*Cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena se ha basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determinaría la anulación de la Sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones*", SSTC (Pleno) 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9, 59/2018, de 4 de junio, FJ 5.
[1116] STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3.

indicios, puesto que ésta versa sobre los hechos y no directamente sobre los elementos constitutivos del delito, y siempre que reúna los requisitos y condiciones señaladas[1117].

3. El derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo.

Ya tratado como elemento del procedimiento equitativo como dimensión de la tutela judicial efectiva, (ver apartado IV b), no puede considerarse que la sola declaración del procesado ante la policía sin las garantías establecidas en el art. 17 CE y sin haber sido ratificada ante el órgano judicial constituye base suficiente para desvirtuar la presunción de Inocencia[1118].

4. La publicidad o campañas de prensa perjudiciales anteriores y concomitantes al juicio.

El derecho a ser presumido inocente opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo[1119]. El TC reconoce así la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia del TEDH y desde este mismo ángulo, también "la exigencia de una información veraz obliga a respetar el derecho de todos a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE[1120]".

Esta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 CE, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente del art. 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo. Porque, para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 CE, alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el art. 18 CE los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos[1121].

5. Las expresiones prematuras del tribunal enjuiciador o de funcionarios con respecto a la culpabilidad.

[1117] STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3.
[1118] STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4.
[1119] STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1.
[1120] STC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6.b.
[1121] SSTC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2.

Se da una normal compatibilidad de la presunción de inocencia y de las medidas si guardan una proporción razonable con la finalidad que las legitima en relación con las circunstancias determinantes y, además, aparecen suficientemente razonadas en la correspondiente motivación[1122]. Así, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso[1123]. Al ponderar la posible condena del acusado para fijar el importe de la fianza, cuantificando esta en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular, cuyo pago obliga a adelantar al acusado causando una restricción temporal de poder de disposición de ese último sobre sus bienes, anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia[1124].

En nuestro sistema de justicia penal la condena en primera instancia no permite todavía la ejecución de las penas impuestas, sin perjuicio de que puedan adoptarse las medidas cautelares de naturaleza personal que se consideren convenientes para no frustrar una eventual ejecución futura. En este sentido, determina el TC[1125] que (i) la jurisprudencia constitucional no legitima el automatismo de la adopción de la decisión de prórroga de una prisión provisional por la mera condena en primera instancia, sino que es preciso que se justifique seguir sacrificando el derecho fundamental a la libertad personal del condenado en primera instancia vinculada a la consecución de alguno de los fines legítimos asignados a la prisión provisional, algunos de los cuales en el caso concreto posiblemente ya no concurran (como el peligro de desaparición de pruebas o la obstaculización de la investigación), aunque otros puedan continuar, como el del riesgo de fuga; y (ii), en relación con esa condena en primera instancia, la sentencia condenatoria constituye todo lo más una confirmación temporal de los indicios de culpabilidad apreciados ab initio, pero resulta todavía inhábil para enervar la presunción de inocencia del acusado, a la espera del desenlace del recurso de casación interpuesto por él[1126].

6. La importancia de las apariencias de la administración de justicia justa.

No existen posicionamientos del TC al respecto.

[1122] SSTC 105/1994 de 11 de abril; 108/1994, de 4 de julio.
[1123] STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2b.
[1124] STC 69/2023, de 19 de junio, FJ 3.
[1125] STC 92/2018, de 17 de septiembre, FJ 4.
[1126] STC 50/2009, de 23 de febrero, FJ 5.

b) Contenido post procesal

La eficacia del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) según la doctrina del TEDH[1127] proyecta determinados efectos sobre los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado, entre los que se encuentran los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos seguidos por responsabilidad del Estado por prisión preventiva. En concreto, el TEDH ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH), resoluciones administrativas y judiciales, dictadas en esta materia de responsabilidad patrimonial, que expresaron la distinción entre absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación, argumentando que "tal motivación, sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante"[1128]. Dichas resoluciones vulneran el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia[1129].

2. Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica

• CEDH – TEDH

La presunción de inocencia es reconocida a las personas jurídicas por el TEDH en su dimensión procesal con el mismo contenido que para las personas físicas[1130]:

- Como el reflejo, conforme al principio de legalidad, de la necesaria declaración del hecho propio para alcanzar cualquier imposición de una sanción penal[1131], teniendo ese principio de legalidad a su vez el mismo contenido para personas físicas y jurídicas.
- La carga de la prueba se exige que (1) en el cumplimiento de sus funciones los miembros del tribunal no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito imputado, (2) que la carga de la prueba recaiga en la acusación y (3) que cualquier duda sea resuelta de forma favorable para el acusado. Si la carga de la prueba se invierte de la acusación a la defensa se vulnera la presunción de inocencia[1132].

[1127] SSTEDH de 25 de abril de 2006 (asunto Puig Panella c. España), de 13 de julio de 2010 (asunto Tendam c. España) y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España).
[1128] SSTC (Pleno) 8/2017, de 19 de enero, FJ 7; (Pleno) 85/2019, de 19 de junio, FJ 10.
[1129] STC 10/2017, de 30 de enero, FJ 4.
[1130] Decisión Carrefour France c. Francia, de 1 de octubre de 2019, apartado 43 (*in fine*).
[1131] STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 251.
[1132] STJUE SA-Capital OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartado 107 (procedimiento de Competencia, cartel).

- Si bien es incompatible con el Art. 6 CEDH basar una condena de una persona jurídica en un procedimiento penal únicamente o principalmente en el silencio de un acusado o su negativa a responder preguntas o a declarar él mismo, en situaciones que claramente requieren una explicación por parte del acusado, su silencio u otra respuesta pueden ser tenidos en cuenta al evaluar la fuerza persuasiva de las pruebas presentadas por la acusación [1133].

    - CDFUE – TJUE

La Directiva (UE) 2016/343 reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. "*Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanan de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas.* ***En el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas****. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas.* ***Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el TEDH y el TJUE*****"[1134].** Así, "*la presunción de inocencia de las personas jurídicas debe ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención de la UE*""[1135].

Desde esa renuncia a la homogenización europea del desarrollo normativo de la presunción de inocencia[1136], el TJUE ha declarado:

1. Sobre las disposiciones nacionales que regulan la responsabilidad penal de personas jurídicas y, específicamente, sobre aquellas fórmulas que, para determinarla, parten de presunciones como la de responsabilidad penal de la persona física relacionada con la actividad de esa persona jurídica, el TJUE:

- Remite a la sentencia G.I.E.M. c Italia como referente del contenido del principio de legalidad (arts. 7 CEDH y 49 CDFUE) y la presunción de inocencia (arts. 6.2 CEDH y 48 CDFUE): "*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, en determinadas circunstancias, los Estados contratantes pueden*

[1133] STJUE SA-Capital OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartado 108.
[1134] Directiva (UE) 2016/343, considerandos 13 y 14.
[1135] Ibid. considerando 15.
[1136] (i) Comprensible en tanto la Directiva 2016/343 forma parte del plan de trabajo -Programa de Estocolmo, Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, DO C 115 de 4.5.2010, p. 1.- de refuerzo de la cooperación judicial en materia penal ubicando al reconocimiento mutuo de resoluciones en la piedra angular de la confianza mutua, aplicándose esos instrumentos de cooperación a las personas físicas, pero (ii) no muy coherente con la homogeinización normativa en lo que a responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere -si se afecta al derecho a la legalidad penal debería considerarse la homogeinización de las garantías de la prueba en su aplicación para alcanzar esa confianza mutua-, si bien parece una cuestión de oportunidad y madurez como señala la Directiva –"*prematuro*", ya llegará-.

tipificar un hecho material u objetivo considerado en sí mismo. Sin embargo, en materia penal, el TEDH obliga a tales Estados a respetar un determinado umbral. Tal umbral se sobrepasa cuando una presunción tiene por efecto privar a una persona de toda posibilidad de exculparse de los hechos que se le imputan y, con ello, de las garantías del artículo 6, apartado 2, del CEDH (véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 28 de junio de 2018, G.I.E.M s.r.l. y otros c. Italia, § 243 y jurisprudencia citada)" [1137].

- "*El órgano jurisdiccional que debe sancionar a la persona jurídica solo está facultado para pronunciarse sobre determinados elementos específicos y no puede apreciar la existencia real de la infracción que potencialmente fundamente la sanción. De ello se deduce que dicha persona jurídica no puede ejercer eficazmente su derecho de defensa, puesto que no puede negar la realidad de dicha infracción y, en definitiva, debe soportar las consecuencias de la existencia de un procedimiento distinto incoado contra la persona física que está facultada para obligarla o representarla"* [1138].
- "*El artículo 48 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el juez nacional puede imponer a una persona jurídica una sanción penal por una infracción de la que sea responsable una persona física facultada para obligar o representar a esa persona jurídica, en el supuesto de que esta última no haya podido impugnar la existencia real de esa infracción*" [1139].

2. En el marco del abuso de información privilegiada.

"*Debe considerarse que el principio de presunción de inocencia no se opone a la presunción establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6, en virtud de la cual la intención del autor de una operación con información privilegiada se deduce implícitamente de los elementos materiales constitutivos de esta infracción, dado que esta presunción admite prueba en contrario y queda garantizado el derecho de defensa"*[1140]. "*El establecimiento de un régimen eficaz y uniforme de prevención y de sanción de las operaciones con información privilegiada con el fin legítimo de proteger la integridad de los mercados financieros pudo así llevar al legislador comunitario a formular una definición objetiva de los elementos constitutivos de una operación prohibida con información privilegiada. Aunque el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6 no prevea expresamente un elemento subjetivo, ello no significa que deba interpretarse esta disposición en el sentido de que cualquier poseedor primario de información privilegiada que efectúe una operación de mercado entra automáticamente dentro del ámbito de aplicación de la prohibición de las operaciones con información privilegiada*"[1141]. "*Por consiguiente, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona de las citadas en el párrafo segundo de esta disposición, que posea información privilegiada, adquiera o ceda, o intente adquirir o ceder, por cuenta propia o de terceros, directa o*

[1137] STJUE Delta Stroy 2003, C-203/21, de 10 de noviembre de 2022, apartado 61.
[1138] Ibid. apartado 62.
[1139] Ibid. apartado 67.
[1140] STJUE Spector Photo Group NV y otros, C-45/08, de 23 de diciembre de 2009, apartado 44.
[1141] Ibid. apartado 45.

indirectamente, instrumentos financieros a que se refiera dicha información, implica que esta persona ha «utilizado esta información» en el sentido de dicha disposición, sin perjuicio del respeto del derecho de defensa y, en particular, del derecho a poder destruir esta presunción. La cuestión de si dicha persona infringió la prohibición de operaciones con información privilegiada debe analizarse a la luz de la finalidad de esta Directiva, que es la de garantizar la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que estarán en igualdad de condiciones y de que estarán protegidos contra el uso ilícito de información privilegiada"[1142]. La mencionada directiva preveía la adopción de sanciones administrativas frente a las conductas prohibidas[1143] como marco normativo sobre el que se perfila esa presunción de concurrencia del elemento subjetivo, al igual que el Reglamento que la deroga y sustituye[1144].

3. En el marco del derecho de defensa de la competencia y referido a personas jurídicas, que:

- El principio de la presunción de inocencia, tal y como se halla recogido en el apartado 2 del artículo 6 del CEDH) que forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario según la jurisprudencia del TJUE confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el artículo 6, apartado 2, del TUE, así como por el artículo 47 CDFUE. Habida cuenta de la naturaleza de las infracciones contempladas, así como de la naturaleza y grado de severidad de las sanciones correspondientes, el principio de la presunción de inocencia se aplica también en los procedimientos relativos a violaciones de las normas sobre competencia aplicables a las empresas que puedan dar lugar a la imposición de multas o multas coercitivas[1145].

- La validez en el uso de presunciones en cuanto a la participación en los hechos, por el control de la matriz sobre sus filiales.

El comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, pese a disponer de una personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. A este respecto, el TJUE ha precisado que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular, directa o indirectamente, de la totalidad o la práctica totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas

[1142] Ibid. apartado 62.
[1143] Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), artículo 14.1.
[1144] Reglamento (UE) n ° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado).
[1145] STGUE Biogaran, T-677/14, de 12 de diciembre de 2018, apartado 129, JFE Engineering Corp, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, apartado 178; SSTJUE STJUE Hüls/Comisión, C-199/92 P, de 8 de julio de 1999, apartados 149 y 150, Montecatini/Comisión, C-235/92, apartados 175 y 176.

del Derecho de la Unión Europea en materia de competencia, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial[1146], a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir esa presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado[1147].

Lo anterior no vulnera el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 48.1 CDFUE ni los principios in dubio pro reo y de legalidad de los delitos y las penas[1148]. La presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante tiene como principal finalidad establecer un equilibrio entre la importancia, por una parte, del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, en particular al artículo 101 TFUE, y evitar que éstas se repitan y, por otra parte, de las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las penas y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa, incluido el principio de igualdad de armas. Precisamente por este motivo admite prueba en contrario. De ello se deduce que esa presunción es proporcionada al objetivo legítimo perseguido[1149].

- La validez del uso de la presunción, en el marco de las prácticas concertadas, salvo prueba en contrario que corresponde aportar a los operadores interesados, que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado[1150].

- La posibilidad de considerar la presunción de inocencia enervada por asentar la firme convicción de que se ha cometido la infracción valorando conjuntamente los indicios existentes, no en relación con cada uno de los componentes de la infracción[1151]. "*En efecto, al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y*

[1146] STJUE Villeroy & Boch AG, C-625/13 P, de 26 de enero de 2017, apartados 145 a 147.

[1147] STJUE Global Steel Wire, S.A., C-457/16 P y C-459/16 P a C-461/16 P, de 26 de octubre de 2017, apartado 84.

[1148] STJUE Villeroy & Boch AG, C-625/13 P, de 26 de enero de 2017, apartados 149.

[1149] STJUE Moreda-Riviere Trefilerías, S.A, T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, de 2 de junio de 2016, apartado 322.

[1150] SSTJUE Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, de 8 de julio de 1999, apartado 12; Hüls/Comisión, C-199/92 P, apartado 162.

[1151] STJUE JFE Engineering Corp., T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, de 8 de julio de 2004, apartados 179 y 180, STGUE Ballast Nedam Infra BV, T-362/06, de 27 de septiembre de 2012, apartado 44.

disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. Por lo tanto, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia"[1152].

- Si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, puede admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas basándose en, al menos, pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo[1153].

    - CE – TC

En el marco del derecho administrativo sancionador, el TC ha estimado la titularidad (y la vulneración) del derecho a la presunción de inocencia de las personas jurídicas, sin realizar distinción alguna sobre el contenido del mismo con respecto a las personas físicas, de la siguiente forma:

- "*En efecto, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que rige sin excepciones en el procedimiento administrativo sancionador (SSTC 56/1998, de 16 de marzo, FJ 4; 76/1990, FJ 8, y 35/2006, de 13 de febrero FJ 6), comporta la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabolica de los hechos negativos (por todas, SSTC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4, y 74/2004, de 24 de abril, FJ 4)"*[1154].
- En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio[1155].
- También en el marco del derecho administrativo sancionador, el TC se ha pronunciado sobre la prueba del elemento subjetivo de la infracción por parte de las personas jurídicas, determinando que "*como se advierte en la STC 246/1991, de 19 de diciembre, la admisión en nuestro Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles así capacidad infractora, conlleva que la responsabilidad se*

[1152] SSTGUE, Total Raffinage Marketing/Comisión, T-566/08, de 13 de septiembre de 2013, apartado 47; Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02, de 27 de septiembre de 2006 apartado 59.STJUE Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C- 219/00 , de 7 de enero de 2004, apartados 55 a 57.
[1153] STGUE Siderurgica Latina Martin SpA (SLM) y otros/Comisión, T-389/10 y T-419/10, de 15 de julio de 2015, apartado 219.
[1154] STC 117/2016, de 20 de junio, FJ 4.
[1155] STC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 9.

configure sobre la capacidad de infracción ***y la responsabilidad,*** *"que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz ... y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma" (STC 246/1991, FJ 2). En el presente caso, habiendo existido actividad probatoria de cargo sobre los hechos que se le imputaban a la mercantil ahora recurrente,* ***era a ella a quien competía proporcionar a los órganos administrativos que han intervenido en la sustanciación del expediente un principio de prueba, por mínimo que fuera, que permitiera hacerles pensar que la infracción de la norma no le era reprochable***"[1156].

B. Derecho a la tutela judicial efectiva

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 6.1 CEDH

El art. 6 CEDH acumula bajo la referencia a un derecho al proceso equitativo/justo ("Right to a fair trial" en la versión oficial inglesa/"Droit à un procès équitable" en la versión oficial francesa) tres subartículos: el primero, relativo a la tutela judicial efectiva; el segundo, relativo a la presunción de inocencia; y el tercero, relativo al conocimiento de la acusación y el ejercicio de una defensa contradictoria. En este apartado se trata el primero de ellos y en los subsiguientes el segundo y el tercero, y todos ellos en el contexto del concepto autónomo de las acusaciones en materia penal desarrollado en el apartado general de persona jurídica y derechos fundamentales. Al igual que en el caso del art. 7 CEDH, el TEDH considera que el art. 6 no es aplicable a demandas relacionadas con la libertad provisional o cuestiones relacionadas con la ejecución de la pena[1157], salvo que, tras la adopción de una decisión que determine la culpabilidad del interesado y le condene a una pena privativa de libertad, una nueva resolución judicial modifique o bien la naturaleza o bien la gravedad de la pena impuesta anteriormente, lo que sucede cuando una medida de expulsión sustituye a una pena de prisión[1158] o cuando aumenta la duración de la pena de prisión antes impuesta.[1159]

El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6.1 CEDH como integrado en el derecho a un proceso justo, consiste para el TEDH en la actividad de Tribunales, establecidos por la Ley, independientes, imparciales, que garantizan la equidad, con publicidad y en un plazo razonable, con el contenido que se desarrolla en las líneas que siguen.

[1156] STC 129/2003, de 30 de junio, FJ 8.
[1157] SSTEDH Vasilescu c. Bélgica, de 15 de noviembre de 2014, apartado 121. Boulois c. Luxemburgo, de 3 de abril de 2012, apartado 87, Neumeister c. Austria, de 27 de Junio de 1968, apartados 22-23.
[1158] STEDH Gurguchiani c. España, de 15 de diciembre de 2009, apartados 40, 47 y 48.
[1159] STEDH Ezeh y Connors c. Reino Unido, de 9 de octubre de 2003.

1. Acceso a un Tribunal

A pesar de no figurar expresamente mencionado en el art. 6 CEDH "*el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho enunciado en el artículo 6, párrafo 1. No se trata de una interpretación extensiva tendente a imponer a los Estados parte nuevas obligaciones. Se funda, por el contrario, en los mismos términos de la frase primera del articulo 6, párrafo 1, interpretada en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y finalidad del tratado-norma que es el Convenio (sentencia Wemhoff de 27 de junio de 1968, serie A, núm. 7, pág. 23, párrafo 8), así como los principios generales del Derecho*[1160]*"*. Así, forma parte del derecho a un proceso justo el derecho de una persona sometida a una acusación en materia penal a acceder en un plazo razonable a que un tribunal conozca del mismo[1161], de forma que puedan materializarse el resto de los derechos reconocidos en el art. 6 CEDH.

(i) Noción de Tribunal:

Siendo un concepto autónomo del TEDH, el mismo se concentra en su esencia material del mismo, esto es, su rol jurisdiccional: decidir sobre cuestiones que entran dentro de su ámbito de competencia sobre la base de normas de Derecho y tras un procedimiento debidamente desarrollado con garantías suficientes. Este rol se ve completado con su necesaria independencia, en especial del poder ejecutivo y de las partes[1162], con su imparcialidad, la duración del mandato de sus miembros y las garantías proporcionadas por el procedimiento[1163], en concreto las que figuran en el art. 6.1 CEDH[1164]. Desde lo anterior, un órgano disciplinario o administrativo puede tener las características de un "tribunal", en el sentido autónomo que el TEDH, a pesar de que no se le llame propiamente "tribunal" en el orden jurídico interno, pero deberá tratarse de órganos que además de desempeñar el rol jurisdiccional, deberán tener capacidad de dictar resoluciones:

a. Que sólo puedan ser modificadas por autoridades judiciales[1165], no administrativas.
b. Que puedan anular en todos sus aspectos, de hecho o de derecho, la decisión del órgano inferior[1166].

Así, las decisiones tomadas por cualquier autoridad administrativa (que serán aquellas que no cumplan las condiciones del artículo 6.1 y no puedan ser consideraras como Tribunal a estos efectos), deben someterse al control posterior de un "órgano judicial con facultades de jurisdicción plenas", esto es, a un Tribunal en los términos del art. 6 CEDH.

[1160] STEDH Golder c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975, apartado 36.
[1161] STEDH (Gran Sala) Kart c. Turquía, de 3 de diciembre de 2009, apartado 67.
[1162] STEDH Ringeisen c. Austria, de 16 de julio de 1971, apartado 95.
[1163] STEDH De Wilde, Ooms, Versyp c. Bélgica, de 18 de junio de 1971, apartado 78.
[1164] SSTEDH Le Compte, Van Leuven et De Meyere, de 23 de junio de 1981, apartado 55, Belilos c. Suiza, de 29 de abril de 1988, apartado 64.
[1165] STEDH Findlay c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, apartado 77.
[1166] SSTEDH Schmautzer c. Austria, de 23 de octubre de 1995, apartado 35, Gradinger c. Austria, de 23 de octubre de 1995, apartado 44, Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia, de 27 de septiembre de 2011, apartado 59.

(ii) Limitaciones al acceso contempladas por el TEDH:

- Normas procesales que regulen el acceso (por ejemplo, a los recursos): el TEDH reconoce su posible compatibilidad con el derecho de acceso, pero exige:
    - Al legislador procesal, de forma que las previsiones no restrinjan el ejercicio de forma que se afecte a la esencia del derecho de acceso[1167], debiendo atender las restricciones a fines legítimos y la fórmula atender a la proporcionalidad entre los fines buscados y los medios (restricciones) empleados[1168].
    - A los tribunales su aplicación sin un formalismo excesivo que pudiera poner en peligro la imparcialidad del proceso[1169] y afectar sustancialmente al derecho de acceso atendiendo a las circunstancias[1170].
- El incumplimiento de las normas procesales: en sentido contrario al anterior, el incumplimiento por las autoridades o tribunales de los mandatos de las normas procesales denegando el acceso a los mismos, viola el contenido del art. 6.1 CEDH[1171]. En el mismo sentido, cuando un acusado es persuadido por las autoridades para desistir de su recurso contra una falsa promesa de remisión de la pena impuesta por el tribunal de primera instancia[1172] o cuando un tribunal de apelación se abstiene de informar a un acusado de un nuevo plazo para encontrar un abogado para interponer un recurso, tras la negativa de su abogado de oficio para asistirle[1173].
- La huida de quién solicita el acceso: el TEDH, siempre desde las particularidades de los ordenamientos de origen que generaban las situaciones objeto de resolución, ha considerado que vulnera el art. 6 CEDH denegar el acceso al recurso de casación en Francia al no comparecido sin que exista un control judicial de la validez o no de las causas de su ausencia alegadas por el recurrente, afectando al lugar primordial que ocupa el derecho de defensa y el Estado de derecho, o cuando el demandante no se haya entregado como exigía la decisión judicial objeto de recurso denegado cuando esta no puede considerarse definitiva hasta resuelto el recurso[1174].
- Inmunidad parlamentaria: El TEDH admite limitaciones al acceso a los Tribunales en el caso de concurrencia de inmunidades parlamentarias en sus dos aspectos (irresponsabilidad e inviolabilidad), pues la institución persigue el objetivo legítimo de garantizar la independencia de la actividad política del diputado previniendo la presión de la oposición o el abuso de la mayoría y

[1167] STEDH Celine c. Francia, de 8 de marzo de 2012, apartado 35.
[1168] STEDH Josseaume c. Francia, de 8 de marzo de 2012, apartado 31.
[1169] STEDH Walchli c. Francia, de 26 de julio de 2007, apartado 29.
[1170] STEDH Labergere c. Francia, de 26 de septiembre de 2006, apartado 23.
[1171] STEDH Davran c. Turquia, de 3 de noviembre de 2009, apartados 40 a 46.
[1172] STEDH Marpa Zeeland B.V. et Metal Welding B.V. C. Paises Bajos, de 9 de noviembre de 2004, apartados 46 a 51.
[1173] STEDH Kulikowski c. Polonia, de 19 de mayo de 2009, apartado 70.
[1174] SSTEDH Poitrimol c. Francia, de 23 de noviembre de 1993, apartados 38 y 39, Guerin c. Francia, de 29 de julio de 1998, apartado 46, Omar c. Francia, de 29 de julio de 1998, apartado 42.

afectar a la propia asamblea a la que pertenece[1175]. Desde lo anterior, el TEDH exige la constatación de la proporcionalidad de la situación en concreto, sin que pueda partirse de la presunción de que la misma sea conforme al CEDH[1176].

- Limitaciones financieras (tasas): el TEDH las ha admitido como compatibles con el contenido del art. 6 CEDH y el acceso a los Tribunales, pero sólo en los procesos civiles[1177].

(iii) La ejecución de la sentencia firme forma parte del derecho al acceso a un Tribunal, sin que el Estado pueda restar inoperativo en detrimento de una de las partes[1178], debiendo adoptar cuantas obligaciones positivas le correspondan para materializarlo[1179].

2. Tribunal establecido por la ley

El Tribunal debe haber sido establecido por la Ley, lo que implica que sea deba haber sido a través de los procesos normativos del parlamento y no del ejecutivo ni, en los países de derecho codificado, resultado de la decisión de las autoridades judiciales[1180], lo que resulta inherente al Estado de derecho. Así, un órgano que no se haya establecido conforme a la voluntad del legislador carecerá necesariamente de la legitimidad requerida en una sociedad democrática para conocer de las causas de los particulares[1181].

La ley a la que refiere el art. 6.1 CEDH es la referida tanto a (i) la creación del órgano como a (ii) las normas de competencia de ese Tribunal y a cualquier otra disposición de derecho interno cuya no observancia convierta en irregular la participación de uno o varios jueces en un asunto[1182], incluidas (iii) las referidas a los mandatos[1183], incompatibilidades y recusaciones de los magistrados[1184], (iv) las normas de composición de la Sala[1185], (v) determinación de aforamiento por conexión con las conductas de aforados cuando esas reglas de conexión no

[1175] STEDH Kart c. Turquía, de 3 de diciembre de 2009, apartado 90.
[1176] Ibid. apartado 92.
[1177] SSTEDH Kreuz c. Polonia, de 19 de junio de 2001, apartados 54, 58, 66 y 67, Kniat c. Polonia, de 26 de julio de 2005, apartado 41, Jedamski and Jedamska c. Polonia, de 26 de julio de 2005, apartado 66, Urbanek c. Austria, de 9 de diciembre de 2010, apartado 52.
[1178] SSTEDH Ruianu c. Rumania, de 17 de junio de 2003, apartado 65, Burdov c. Rusia, de 7 de mayo de 2002, apartado 34, Immobiliare Saffi c. Italia, de 28 de julio de 1999, apartados 63 y 66 et Hornsby c. Grecia, de 19 de marzo de 1997, apartado 40.
[1179] STEDH Ruianu c. Rumania, de 17 de junio de 2003, apartado 66.
[1180] STEDH Coeme y otros c. Bélgiva, de 22 de junio de 2000, apartado 98.
[1181] SSTEDH Lavents c. Letonia, de 28 de noviembre de 2002, apartado 114, Gorguiladze c. Georgia, de 20 de octubre de 2009, apartado 67,
[1182] STEDH Jordig c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 64.
[1183] STEDH Posokhov v. Rusia, de 4 de marzo de 2003, apartado 43.
[1184] SSTEDH Lavents c. Letonia, de 28 de noviembre de 2002, apartado 114, Kontalexis c. Grecia, de 31 de mayo de 2011, apartado 38.
[1185] SSTEDH Posokhov v. Rusia, de 4 de marzo de 2003, apartado 39, Gorguiladze c. Georgia, de 20 de octubre de 2009, apartado 68, Fatullayev c. Azerbaijan, de 22 de abril de 2010, apartado 144, Kontalexis c. Grecia, de 31 de mayo de 2011, apartado 42.

estaban establecidas por ley[1186], (vi) relativa a jueces legos[1187], (vii) normas de jurisdicción universal[1188], (viii) normas de jurisdicción especializada[1189], o cualquier otra aplicable, de forma que si de acuerdo con ese marco normativo interno aplicable el Tribunal o Juez no es competente para juzgar a un acusado, no es el Tribunal establecido por la ley de acuerdo con el art. 6.1 CEDH[1190]. La vulneración del Art. 6.1 CEDH en este sentido es establecida por el TEDH en casos de incumplimiento normativo flagrante, no de cuestiones interpretativas que corresponden a las jurisdicciones nacionales[1191].

3. Tribunal independiente e imparcial

Siendo dos exigencias conexas aunque distintas, ambas son de necesaria concurrencia en el cada uno de los miembros del Tribunal en asuntos de materia penal y aplicables a los jueces profesionales, a los jueces legos[1192], a los miembros del jurado de un proceso[1193] y, en general, a la persona autorizada por la ley para ejercer el poder judicial[1194].

3.1 Tribunal independiente

La independencia de los miembros del Tribunal que exige el art. 6.1 CEDH lo es con respecto al poder ejecutivo, al poder legislativo y con respecto a las partes[1195], que deberá garantizarse en todos los asuntos, huyendo el TEDH de establecer cualquier concepto constitucional teórico con el que deban cumplir los Estados en relación a los límites permitidos de la interacción entre los órganos políticos de gobierno y el poder judicial[1196] para concentrarse en la comprobación, en el caso concreto, de la concurrencia o no de la independencia e imparcialidad del Tribunal. La independencia de los miembros del Tribunal es analizada por el TEDH sobre los siguientes criterios[1197]:

- La forma en la que los miembros del órgano judicial son nombrados, como por ejemplo a través de la decisión del Presidente de los tribunales[1198].
- La duración del mandato para el desarrollo de sus funciones, y, en concreto, el respeto a esa duración a través de la ley o de hecho, de forma que la inamovilidad de los mismos sea un corolario de su independencia[1199].

[1186] STEDH Coeme y otros c. Bélgica, de 22 de junio de 2000, apartados 107 y 108.
[1187] STEDH Pandjikidzé y otros c. Georgia, de 27 de octubre de 2009, párrafos 108 al 111.
[1188] STEDH Jordig c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 66 a 71.
[1189] STEDH Fruni c. Eslovaquia, de 21 de junio de 2011, párrafo 140.
[1190] STEDH Richert c. Polonia, de 25 de octubre de 2011, apartado 41, Jordig c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 64.
[1191] SSTEDH Lavents c. Letonia, de 28 de noviembre de 2002, apartado 114, Jordig c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 65.
[1192] STEDH Langborger c. Suecia, de 22 de junio de 1989, apartado 31.
[1193] STEDH Holm c. Suecia, de 25 de noviembre de 1993, apartado 30
[1194] STEDH Henryk Urban y Ryszard Urban c. Polonia, de 30 de noviembre de 2010, apartado 45.
[1195] Decisión Ninn-Hasen c. Dinamarca, de 18 de mayo de 1999.
[1196] STEDH Kleyn y otros c. Paises Bajos, de 6 de mayo de 2003, apartado 193.
[1197] STEDH Langborger c. Suecia, de 22 de junio de 1989, apartado 32.
[1198] STEDH Moiseyev c. Rusia, de 9 de octubre de 2008, apartados 177 y 184.
[1199] STEDH Campbell y Fell c. Reino Unido, de 28 de junio de 1984, apartado 86,

- La existencia de garantías frente a presiones internas -de sus compañeros o de los titulares de las responsabilidades administrativas del tribunal, como, por ejemplo, el presidente del mismo o de una de sus salas- y externas. La falta de garantías adecuadas para preservar la independencia de los jueces en el sistema judicial y, en particular, respecto de sus superiores, puede llevar al Tribunal a la conclusión de que las dudas de un demandante sobre la independencia y la imparcialidad de un tribunal pueden considerarse objetivamente justificadas[1200].
- La apariencia o no de independencia, desde la perspectiva de la confianza que los tribunales deben inspirar al justiciable en una sociedad democrática, comenzando, en lo penal, por los acusados[1201]. Para pronunciarse sobre la existencia de una razón legítima de duda sobre la independencia, habrá de partirse del punto de vista del acusado, pero lo que ha de comprobarse es si las percepciones del interesado pueden tenerse por objetivamente justificadas[1202], valoración que conecta con la valoración de la vertiente objetiva de imparcialidad.

3.2 Tribunal imparcial

La imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios, ideas preconcebidas o intereses de cualquier miembro del Tribunal[1203], y debe presumirse salvo que se pruebe lo contrario[1204]. Esta imparcialidad es analizada por el TEDH a través de criterios objetivos y subjetivos, sin que la frontera entre ambas nociones sea hermética y la aplicabilidad de uno u otro criterio, o de ambos, dependerá de las circunstancias particulares del comportamiento analizado[1205]:

- La prueba subjetiva a la imparcialidad, que se centra en lo que un juez pueda pensar en su fuero interno (convicciones, prejuicios o ideas preconcebidas) o cuál pueda ser su interés en el caso concreto[1206]. Partiendo de la presunción de imparcialidad, no resulta estadísticamente frecuente acumular las pruebas que permitan al TEDH apreciar la ausencia subjetiva de imparcialidad, siendo la mayoría de los casos apreciados a través de la apreciación objetiva.
- La prueba objetiva a la imparcialidad se centra en parámetros externos como la vinculación jerárquica o en la existencia de otros vínculos entre el juez y otros actores del procedimiento que justifique objetivamente las dudas sobre la imparcialidad del tribunal[1207], y se valora la existencia o no de garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima de falta de imparcialidad[1208],

[1200] SSTEDH Parlov-Tkalcic c. Croacia, de 22 de diciembre de 2009, Daktaras c. Lituania, de 10 de octubre de 2000, apartado 36. Moiseyev c. Rusia, de 9 de octubre de 2008, apartado 184.
[1201] SSTEDH Sahiner c. Turquia, de 25 de septiembre de 2001, apartado 44, Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, apartado 48.
[1202] STEDH Incal c. Turquía, de 9 de junio de 1998, apartado 71.
[1203] STEDH (Gran Sala) Kyprianou c. Chipre, de 15 de diciembre de 2005, apartado 118.
[1204] STEDH Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, apartado 47.
[1205] STEDH (Gran Sala) Kyprianou c. Chipre, de 15 de diciembre de 2005, párrafos 119 y 121.
[1206] Ibid. apartado 118.
[1207] STEDH (Gran Sala) Micallef c. Malta, de 15 de octubre de 2009, apartado 97.
[1208] SSTEDH Piersack c. Belgica, de 1 de octubre de 1992, apartado 30, Grieves c. Reino Unido, de 16 de diciembre de 2003, apartado 69.

encontrando la esencia de la valoración en determinar si las dudas de objetividad pueden justificarse objetivamente[1209], debiendo decidir en cada caso concreto si la naturaleza y el grado de vinculación en cuestión son de tal magnitud que denoten una falta de imparcialidad por parte del tribunal[1210].

Partiendo de que al igual que en el caso de la apariencia de independencia, esta dimensión de la imparcialidad afecta a la confianza que los tribunales deben inspirar al justiciable en una sociedad democrática, comenzando, en lo penal, por los acusados[1211], por lo que debe recusarse a todo juez del que pueda legítimamente sospecharse una falta de imparcialidad[1212]. En el proceso de valoración de la concurrencia de esta aproximación objetiva, el TEDH toma como criterio de contraste de especial importancia las normas internas de recusación de los jueces[1213], que expresan la preocupación del legislador nacional por eliminar cualquier duda razonable sobre la imparcialidad de un juez o un tribunal y constituyen un intento de garantizar la imparcialidad mediante la eliminación de la causa de tales preocupaciones. Además de garantizar la ausencia real de sesgo, su objetivo es eliminar cualquier apariencia de parcialidad reforzando así la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al público.

Un análisis de la jurisprudencia del TEDH permite distinguir dos tipos de situaciones (de naturaleza funcional y de naturaleza personal) en las que es posible plantear la concurrencia de falta de imparcialidad judicial[1214]:

a. Situaciones de naturaleza funcional:

a.1. Las generadas por el ejercicio de una misma persona de diferentes funciones judiciales sucesivas antes de participar en el enjuiciamiento: el TEDH tomando como referencia la valoración de la imparcialidad del órgano actuante en último lugar, ha considerado que la toma de conocimiento del asunto con anterioridad a la asunción de esa función puede afectar a la imparcialidad objetiva y así:

- El mero hecho de que un juez haya tomado decisiones antes del proceso, incluyendo decisiones relativas a la prisión preventiva, no justifica por sí mismo las dudas sobre su imparcialidad, lo que importa es el alcance y la naturaleza de estas decisiones[1215].

[1209] SSTEDH Ferrantelli y Santangelo c. Italia, de 7 de agosto de 1996, apartado 58, Padovani c. Italia, de 26 de febrero de 1993, apartado 27.
[1210] STEDH Pullar c. Reino Unido, apartado 38.
[1211] SSTEDH Sahiner c. Turquia, de 25 de septiembre de 2001, apartado 44, Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, apartado 48.
[1212] STEDH Castillo Algar c. España, de 28 de octubre de 1998, apartados 45 y 50.
[1213] SSTEDH Pfeifer et Plankl c. Austria, de 25 de febrero de 1992, apartado 6, Oberschlick c. Austria (no 1), de 23 de mayo de 1991, apartado 50, Pescador Valero c. España, de 17 de marzo de 2003, apartados 24 al 29.
[1214] STEDH Kyprianou c. Chipre, de 15 de diciembre de 2005, apartado 121.
[1215] SSTEDH Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, apartado 50. Fey c. Austria, de 24 de febrero de 1993, apartado 30; Sainte-Marie c. Francia, de 16 de diciembre de 1992, párrafo 32; Nortier c. Países Bajos, de 24 de agosto de 1993, párrafo 33.

- El ejercicio sucesivo de las funciones de juez de instrucción y de juez de fondo por la misma persona y en el mismo caso, ha llevado también al Tribunal a concluir que la imparcialidad del tribunal de primera instancia podría parecer cuestionable a ojos del demandante[1216].

- La resolución del recurso frente auto de transformación español por los mismos magistrados llamados al enjuiciamiento ha sido considerado por el TEDH como vulnerador de la dimensión objetiva de la imparcialidad[1217].

- El hecho de que el Juez de un asunto antes fuera el fiscal del mismo asunto[1218].

- El que se haya juzgado a un co-acusado en un procedimiento penal distinto no basta, en sí mismo, para poner en duda su imparcialidad en un caso posterior, pero la cuestión es diferente si sus sentencias anteriores incluyen conclusiones que, en efecto, prejuzgan la culpabilidad de un acusado imputado posteriormente[1219].

a.2. Las derivadas de vínculos jerárquicos o de otro tipo con otro actor del procedimiento: lo que sucede con ocasión de tribunales militares que deban enjuiciar a superiores jerárquicos[1220] o en casos de enjuiciamiento de civiles por parte de órganos judiciales militares[1221].

b. Situaciones de naturaleza personal: se refiere a conductas protagonizadas por el Juez o magistrado y que resulten incompatibles o comprometan la discreción requerida a las autoridades judiciales en proyección de los mandatos imperativos de la justicia y la grandeza de la función judicial[1222].

4. Procedimiento equitativo.

Bajo el concepto de la equidad acumula el TEDH una serie de garantías de orden procesal como la igualdad de armas, la contradicción, la motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a guardar silencio, el uso de pruebas obtenidas en vulneración del convenio y la provocación al delito. A estos elementos se añaden los contenidos en el art. 6.3 CEDH (ver líneas posteriores), inscribiéndose en la noción de procedimiento equitativo.

4.1 Igualdad de armas procesales.

La igualdad de armas procesales requiere que se le ofrezca a cada parte una oportunidad razonable de presentar su caso en unas condiciones que no la sitúen

[1216] STEDH De Cubber c. Bélgica, de 26 de octubre de 1984, apartados 27 a 30
[1217] STEDH Castillo Algar c. España, de 28 de octubre de 1998, apartados 47 a 50.
[1218] STEDH Piersack c. Bélgica, de 1 de octubre de 1982, párrafo 30 b) y d)).
[1219] SSTEDH Poppe c. Países Bajos, de 24 de marzo de 2009, párrafo 26, Schwarzenberger c. Alemania, de 10 de agosto de 2008, párrafo 42, Ferrantelli y Santangelo c. Italia, de 7 de agosto de 1996, párrafo 59.
[1220] SSTEDH Findlay c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, párrafo 76; Miller y otros c. Reino Unido, de 26 de octubre de 2004, párrafos 30 y 31.
[1221] STEDH Martin c. Reino Unido, de 24 de octubre de 2006, párrafo 44.
[1222] SSTEDH Buscemi c. Italia, de 16 de septiembre de 1999, párrafo 67, Lavents c. Letonia, de 28 de noviembre de 2002, párrafo 118.

en una posición de desventaja respecto a su oponente[1223], dejando el art. 6.1 CEDH a los Estados libertad en la forma de garantizar este derecho[1224]. Como dimensión mínima de este derecho en el marco de los procedimientos penales se encuentra el dar a cada una de las partes la oportunidad de presentar en el Juicio Oral sus alegaciones de hecho y de derecho sobre el caso, y permitir el comentario a las observaciones realizadas por la otra parte, con el fin de influir en la decisión del Tribunal[1225].

4.2 Proceso contradictorio.

El derecho a un proceso penal contradictorio implica, tanto para la acusación como para la defensa, la facultad de tener conocimiento de las observaciones y pruebas presentadas por la otra parte. Asimismo, el artículo 6.1 exige que las autoridades competentes para enjuiciar comuniquen a la defensa todas las pruebas pertinentes que tienen en su poder, a favor o en contra del acusado[1226], como presupuesto del ejercicio del derecho de defensa (art. 6.3 CEDH) con el que se solapa esta dimensión del proceso equitativo (acudir a líneas posteriores).

4.3 Motivación de las decisiones judiciales.

Se refiere a la necesaria expresión de los fundamentos de la decisión del tribunal, pero el TEDH se abstiene voluntariamente de efectuar una teoría de la motivación de las resoluciones judiciales, remitiéndose al necesario análisis del as circunstancias de los asuntos que se sometan a su valoración, y ello como consecuencia de que la misma puede variar (i) en función de la naturaleza de la decisión; (ii) de la diversidad de medios que pueden desarrollarse en un proceso, (iii) de las diferencias entre los Estados en materia normativa costumbres, concepciones doctrinales o presentación y redacción de sentencias y autos[1227].

Desde lo anterior, el TEDH si reitera que la exigencia de motivación no puede comprenderse como una necesidad de respuesta detallada a cada argumento[1228], pero si deben indicar con suficiente claridad los motivos en los que se basan para permitir a los litigantes ejercer efectivamente el derecho de recurso del que disponen[1229], debiendo quedar claro en la decisión que se han abordado las cuestiones fundamentales del caso[1230].

[1223] SSTEDH (Gran Sala) Regner c. República, de 19 de septiembre de 2017, apartado 146, Checa Bobek c. Polonia, de 17 de julio de 2007, apartado 56, Klimentyev c. Rusia, de 16 de noviembre de 2006, apartado 93, Foucher c. Francia, de 18 de marzo de 1997, apartado 34, Bulut c. Austria, de 22 de febrero de 1996, apartado 47, Dombo Beheer B.V. c. Paises Bajos, de 27 de octubre de 1993, apartado 33.
[1224] STEDH Vyacheslav Korchagin c. Rusia, de 28 de agosto de 2018, apartado 63, Bartaia c. Georgia, de 26 de julio de 2018, apartado 27.
[1225] SSTEDH Lobo machado c. Portugal, de 20 de febrero de 1996, apartado 31, McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, apartado 80, Kerojärvi c. Finlandia, de 19 de julio de 1995, apartado 38.
[1226] STEDH (Gran Sala) Rowe y Davis c. Reino Unido, de 16 de febrero de 2000, párrafo 60.
[1227] STEDH Ruiz Torija c. España, de 9 de diciembre de 1994, apartado 29.
[1228] STEDH Van de Hurk c. Paises Bajos, de 19 de abril de 1994, apartado 61.
[1229] STEDH Hadjianastassiou c. Grecia, de 16 de diciembre de 1992, apartados 35 a 37.
[1230] STEDH Boldea c. Rumanía, de 15 de febrero de 2007. párrafo 30.

4.4 Derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo.

Aunque el art. 6 CEDH no lo mencione explícitamente, el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo son normas internacionales generalmente reconocidas que constituyen el núcleo de la noción de proceso equitativo al proteger al acusado contra la coacción indebida por parte de las autoridades. Esta inmunidad contribuye a evitar errores judiciales y a garantizar el resultado perseguido por el art. 6 CEDH[1231].

Este derecho, que se aplica a todos los procedimientos penales relativos a todo tipo de infracción criminal, desde la más simple a la más compleja –incluyendo la empresarial-[1232] e incluye la fase de interrogatorio policial[1233]. Parte de que, en un proceso penal, es la acusación la que ha de tratar de demostrar sus argumentos sin recurrir a elementos de prueba obtenidos por coacción u opresión en contra de la voluntad del acusado[1234], lo que le vincula con la presunción de inocencia[1235]. Así, todo acusado tiene derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo[1236] sin que en ningún caso el interés público pueda justificar el uso de respuestas obtenidas por coacción en una investigación no judicial para incriminar al acusado en la instancia penal[1237].

El acceso inmediato a un abogado es una de las garantías procesales a las que el Tribunal presta una atención especial cuando examina si un procedimiento ha extinguido la esencia misma del derecho a no declarar contra sí mismo[1238]. Para que el derecho a un proceso equitativo consagrado por el art. 6.1 CEDH sea lo bastante *"concreto y efectivo"*, debe, por regla general, garantizar al sospechoso el acceso a un abogado *desde el primer interrogatorio* de la policía, *a menos* que se demuestre, a la luz de las circunstancias particulares del caso, que existen *razones* de *peso* para restringir este derecho[1239]. Y la importancia de informar al sospecho sobre su derecho a guardar silencio es tal que, incluso en los casos en los que una persona consienta deliberadamente hacer declaraciones a la policía tras haber sido informada de que éstas podrían ser utilizadas en su contra, ello no puede considerarse como una decisión tomada con pleno conocimiento si no se le ha informado expresamente de su derecho a guardar silencio y si la ha tomado sin la

[1231] STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartado 45.
[1232] SSTEDH Saunders c. Reino Unido (Gran Sala), de 17 de diciembre de 1996, apartado 74, Heaney y McGuinness c. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, apartado 57.
[1233] STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartado 45.
[1234] SSTEDH Saunders c. Reino Unido (Gran Sala), de 17 de diciembre de 1996, apartado 68, Bykov c. Rusia (Gran Sala), apartado 92.
[1235] STEDH (Gran Sala) Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, apartado 68.
[1236] SSTEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993, párrafo 44, O'Halloran y Francis c. Reino Unido (Gran Sala), de 29 de junio de 2007. párrafo 45, Saunders c. Reino Unido (Gran Sala), párrafo 60.
[1237] STEDH Heaney y McGuinness c. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, apartado 57.
[1238] STEDH (Gran Sala) Simeonovi c. Bulgaria, de 12 de mayo de 2017, apartado 120.
[1239] SSTEDH Salduz c. Turquía (Gran Sala), de27 de noviembre de 2008, apartados 54 y 55, Sadkov c. Ucrania, de 6 de julio de 2007, apartado 121.

asistencia de letrado[1240]. Este derecho proscribe que una condena pueda basarse exclusivamente en el silencio del acusado o en su negativa a responder a preguntas o a proporcionar pruebas[1241].

Además de la invalidez del uso de cualquier elemento procesal resultado de la coacción indebida del procesado (incluyendo las explicaciones autodefensivas o no incriminatorias desarrolladas bajo esa coacción y que pueden ser utilizadas por el Ministerio Fiscal para por ejemplo contradecir o generar dudas sobre otros elementos que el mismo quiera poner en valor con posterioridad en su defensa, o afectar a su credibilidad[1242]), este derecho también proscribe y protege frente a la materialización de las coacciones en base a las cuales se hubiera tratado invertir el silencio del acusado o su generación de pruebas, se haya finalmente condenado o no al acusado por su silencio[1243]. El TEDH, a la hora de valorar si ha existido coacción indebida del procesado incompatible con el derecho a permanecer en silencio y a la autoincriminación:

- Parte de constatar si ha existido alguna forma de coerción o compulsión ejercida sobre la persona involucrada. Además, se requiere que esa persona esté sujeta a procesos penales existentes o anticipados, es decir, a un "cargo penal" en el sentido autónomo del Art. 6.1 CEDH o que se utilice información incriminatoria obtenida compulsoriamente fuera del contexto de procesos penales en un enjuiciamiento penal posterior. Estos pueden considerarse los dos requisitos previos para la aplicabilidad del privilegio contra la autoincriminación[1244].
- Si concurre lo anterior, es necesario determinar si los materiales obtenidos de un acusado a través de métodos de coerción[1245]:
    - Son documentos específicos preexistentes, es decir, documentos que no se han creado como resultado de la propia compulsión con fines de procesos penales, y que son relevantes para la investigación en cuestión y cuya existencia es conocida por esas autoridades.
    - Son documentos que creen que deben existir, aunque no estén seguros de ello, describiendo el TEDH esta situación como "expediciones de pesca" (“fishing expeditions”). El Tribunal considera que en ese contexto se puede establecer un paralelo con la evidencia testimonial: cuando una persona hace una declaración que la incrimina, está proporcionando a las autoridades información de cuya existencia aún no eran conscientes. Si la realización de esa declaración se produjo como resultado de coerción o compulsión, surge un problema bajo el privilegio contra la autoincriminación, ya que, como se explica anteriormente, es responsabilidad de la acusación en un caso penal demostrar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante tales métodos.

[1240] SSTEDH Stojkovic c. Francia y Bélgica, de 27 de octubre de 2011, apartado 54, Navone y otros c. Monaco, de 24 de octubre de 2013, apartado 74, Fefilov c. Rusia de 17 de julio de 2018, apartado 55.
[1241] STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartado 47.
[1242] STEDH (Gran Sala) Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, apartado 71
[1243] STEDH Shannon c. Reino Unido, de 4 de octubre de 2005, apartado 35.
[1244] STEDH De Legé c. Paises Bajos, de 4 de octubre de 2022, apartado 74.
[1245] Ibid. apartado 76.

- Por último, independientemente de si las autoridades son conscientes de la existencia de pruebas documentales u otro tipo de material, si esto se ha obtenido mediante métodos que violan el Artículo 3, su uso siempre estará dentro del ámbito de protección del privilegio contra la autoincriminación[1246].

- Si se cumplen los requisitos para la aplicabilidad del privilegio contra la autoincriminación, y el uso de pruebas obtenidas mediante coerción o compulsión se encuentra dentro del alcance de protección de ese privilegio, es necesario examinar si el procedimiento no extinguió la "esencia misma" del privilegio, es decir, determinar la manera en que se afectó la equidad general del proceso. Para este propósito, será necesario tener en cuenta: la naturaleza y el grado de coerción utilizados para obtener la evidencia; la existencia de salvaguardias relevantes en el procedimiento; y el uso que se le dé a cualquier material obtenido de esta manera[1247].

El TEDH ha considerado que ha existido coacción indebida del procesado:

- Obligando las autoridades aduaneras a una persona a proveer de documentación sobre activos y cuentas bancarias en el extranjero que consideraban que debía existir en el marco de delitos que se estuvieran investigando. La inexistencia de pruebas dio lugar a que esos procesos no avanzaran, pero se impusieron multas diarias por no aportar la documentación[1248].
- Obligando a proporcionar información tributaria a las autoridades que pudiera derivar en procedimientos penales, con imposición de multas en caso de no cumplir con los requerimientos[1249].
- En el uso de las respuestas dadas en nueve extensas entrevistas con inspectores de la oficina antifraude (de las que se utilizaron siete se admitieron como pruebas del juicio) que en caso de no haber sido respondidas hubieran generado la imposición de una multa o una pena de prisión de hasta dos años[1250].
- En la referencia en el interrogatorio policial de la norma que condena a prisión a quién se niegue, de acuerdo con una legislación especial y con ocasión de la investigación de delitos, a facilitar detalle completo de sus movimientos y acciones durante un periodo especifico, y su efectiva condena a seis meses de prisión, pese a la absolución del delito principal[1251].
- En la imposición de multas por no acudir a una convocatoria de entrevista policial relacionada con hechos en los que existía un procedimiento penal en el que se estaba procesado[1252].

[1246] Ibid. apartado 77.
[1247] Ibid. apartado 78.
[1248] SSTEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993, apartados 41 a 44, John Murray c. Reino Unido (Gran Sala), de 8 de febrero de 1996, apartado 49.
[1249] STEDH J.B. c. Suiza, de 3 de mayo de 2001, apartados 66 a 71; Marttinen c. Finlandia, de 21 de abril de 2009, apartados 74 a 76; Chambaz c. Suiza, de 5 de abril de 2012, apartados 50 a 58;
[1250] STEDH (Gran Sala) Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, apartado 67 a 76.
[1251] STEDH Heaney y McGuinness c. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, apartados 47 a 58.
[1252] STEDH Shannon c. Reino Unido, de 4 de octubre de 2005, apartados 39 a 41.

- En la provocación del vómito de las drogas injeridas siendo para ello inmovilizado por cuatro agentes de policía, con un tubo a través de la nariz hasta el estómago y con el uso de sustancias químicas, es decir, obteniendo las pruebas a través de una reacción patológica del cuerpo[1253].
- Cuando habiendo el acusado elegido no responder a los agentes de policía, los mismos utilizan subterfugios para obtener del mismo confesiones o afirmaciones incriminatorias que son finalmente utilizadas como material probatorio en el juicio, como por ejemplo a través del uso de grabaciones o manifestaciones que pueda desarrollar el compañero de celda del detenido o preso. En estos casos el TEDH hace uso de la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá, señalando que en aquellos casos en los que el tercero que obtiene la confesión o las afirmaciones actuando en realidad como un agente de las autoridades y provocando la declaración, como así lo estimó el TEDH[1254].
- Las derivadas de actos de tortura[1255].

Por el contrario, no se extiende la proyección del art. 6.1 CEDH:

- Al uso de materiales preexistentes a la solicitud coactiva de las autoridades fiscales[1256].
- Al uso, en procesos penales, de datos que pueden obtenerse del acusado recurriendo a medios coercitivos, pero que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, como, por ejemplo, los documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, las muestras de aliento, de sangre y de orina, y de tejidos corporales para un análisis de ADN[1257].
- A que en situaciones en las que el material probatorio de la acusación reclame una explicación del acusado, su silencio pueda potenciar el grado de persuasión de las pruebas de la acusación, lo que habrá de determinarse en cada caso, desde las reglas del sentido común en la valoración de la prueba[1258]. Y advertir de lo anterior tampoco tiene por qué constituir una coacción indebida[1259].

4.5 Uso de pruebas obtenidas ilegalmente o en vulneración de las previsiones del CEDH

El art. 6.1 CEDH no contiene reglas de admisibilidad de pruebas relacionadas con los procesos nacionales, por lo que en principio al TEDH no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas obtenidas en quebranto de esas normativas nacionales. En los casos en los que se aleguen estas cuestiones, al TEDH no le corresponde determinar si determinados elementos de prueba fueron obtenidos ilegalmente, sino si esa ilegalidad y sus resultados implican una

[1253] STEDH Jalloh c. Alemania, de 11 de julio de 2006, apartado 118.
[1254] STEDH Allan c. Reino Unido, de 5 de noviembre de 2011, apartado 52.
[1255] SSTEDH Harutyunyan c. Armenia, de 28 de junio de 2007, apartados 65 y 66, Sergey Ivanov c. Rusia, de 15 de mayo de 2018, apartado 88.
[1256] STEDH De Legé c. Paises Bajos, de 4 de octubre de 2022, apartados 85 y 86.
[1257] SSTEDH Saunders c. Reino Unido (Gran Sala), de 17 de diciembre de 1996, apartado 69, O'Halloran y Francis c. Reino Unido (Gran Sala), de 29 de junio de 2007, apartado 47
[1258] STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartados 47, 54.
[1259] STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartado 50.

violación de un derecho del CEDH[1260]. Para desarrollar lo anterior, al TEDH le corresponde examinar si el proceso y la forma en los que los elementos de prueba fueron obtenidos, fue o no en su conjunto equitativo/justo lo que implica el examen de la ilegalidad en cuestión y, en el caso en que además se cuestione la violación de alguna previsión del CEDH, la naturaleza de esa violación[1261]. En el proceso de valoración de si el proceso en su conjunto fue justo, es necesario determinar si los derechos de defensa del acusado han sido respetados y, en concreto, si se le ha proporcionado la oportunidad de cuestionar la autenticidad de los elementos de prueba y de oponerse a su utilización. Hace falta además tener en cuenta la calidad del elemento de prueba, incluyendo si las circunstancias de su obtención permiten dudar de su fiabilidad y exactitud[1262].

Una excepción del anterior planteamiento relativo surge en el caso de las confesiones obtenidas a través de la tortura o el trato degradante en violación del art. 3 CEDH, en la que el TEDH establece un posicionamiento absoluto: la admisión de los resultados de esas violaciones (directas o más remotas, derivadas de las directas[1263] y afectantes a uno mismo o a un tercero[1264]) como pruebas para la fijación de elementos relevantes de hechos en procedimientos penales convierte el proceso en su conjunto en injusto, con independencia de su contenido y su relación con la condena[1265]. En caso de que se excluyan como pruebas del proceso, no exista relación causal entre las pruebas valoradas y la vulneración del art. 3 CEDH y se reestablezca el status quo a la situación anterior a la violación del art. 3 CEDH, no podrá señalarse que concurra un proceso injusto[1266]. Y también derivaría en un proceso injusto aquellos en los que la condena radique en la valoración del resultado de la vulneración del derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo del art. 6.1 CEDH[1267], supuestos en los que la tortura y trato degradante son el mecanismo más expresivo pero que se completan con otras situaciones resaltadas en las líneas previas.

4.6 La provocación al delito

La infiltración policial es un método de investigación de delincuencia organizada que no infringe en sí mismo el derecho a un proceso equitativo, pero dado el riesgo de provocaciones policiales derivado de estas técnicas, es necesario acotar su uso dentro de límites claros[1268], correspondiendo en cualquier caso al TEDH la valoración de los resultados de esas técnicas desde las exigencias del proceso

[1260] STEDH (Gran Sala) Ramanauskas c. Lituania, de 5 de febrero de 2008, apartado 52.
[1261] SSTEDH Schenk c. Suiza, de 12 de julio de 1988, apartados 45 y 46, Teixeira de Castro c. Portugal, de 9 de junio de 1998, apartado 34, Jalloh c. Alemania (Gran Sala), de 11 de julio de 2006, apartados 94 y 95, Heglas c. República Checa, de 1 de marzo de 2007, apartado 84, Gäfgen c. Alemania (Gran Sala) de 1 de junio de 2010, apartado 163.
[1262] STEDH Jalloh c. Alemania (Gran Sala), de 11 de julio de 2006, apartado 96.
[1263] STEDH (Gran Sala) Gäfgen c. Alemania, de 1 de junio de 2010, apartado 178.
[1264] STEDH El Haski c. Belgica, de 25 de septiembre de 2012, apartado 85.
[1265] STEDH (Gran Sala) Ibrahim y otros c. Reino Unido, de 13 de septiembre de 2016, apartado 254.
[1266] STEDH (Gran Sala) Gäfgen c. Alemania, de 1 de junio de 2010, apartado 180 a 183.
[1267] Ibid. apartado 168.
[1268] STEDH (Gran Sala) Ramanauskas c. Lituania, de 5 de febrero de 2008, apartado 51.

equitativo/justo y partiendo de la normativa nacional interna reguladora de la valoración de la prueba y de los posicionamientos en cuanto a la valoración de la prueba expuestos en el apartado anterior. Desde el anterior marco general de la infiltración policial como fuente de la generación de evidencias en un proceso penal, el TEDH es claro señalando que el interés público nunca podrá justificar el uso de elementos obtenidos como consecuencia no de una infiltración policial, sino de una provocación policial en el marco de esa infiltración. La provocación al delito es susceptible de privar *ab initio* y definitivamente al acusado de un proceso equitativo/justo[1269].

Existe provocación policial cuando los agentes implicados –miembros de las fuerzas del orden o personas intervinientes por habérselo solicitado las anteriores- no se limitan a examinar de manera pasiva la actividad delictual, sino que ejercen sobre la persona una influencia de naturaleza incitadora a cometer una infracción que de otra forma no se hubiera cometido, para hacer posible la constatación, probarlo y perseguirlo[1270]. Cuando se produce una alegación de provocación policial al delito, el TEDH siempre que valore, prima facie, que la situación alegada reviste caracteres de provocación, desarrollará en primer lugar el test sustantivo. Si no puede descartar tras el test sustantivo la provocación al delito, desarrollará el test procesal del derecho[1271].

El desarrollo del test sustantivo (i) parte de la necesidad de que las autoridades expliciten los motivos y buenas razones que dieran lugar a montar la operación encubierta. En particular, deben mostrar que dispusieran de concretas, objetivas y verificables pruebas que muestren que al menos se habrían iniciado las primeras actuaciones del delito, y que el mismo estaba ya en desarrollo cuando la policía intervino. Este test descarta las conductas que deban ser interpretadas como incitación al acusado y que de otra forma no se hubieran cometido, como tomar la iniciativa de contacto con el acusado, repetir ofertas pese a la negativa inicial, indicaciones persistentes, promesas de beneficios económicos, o apelar a la compasión del acusado[1272]. (ii) A su vez, el TEDH diferencia los supuestos en los que la policía alegue que la información de la actividad delictiva posea un origen privado, y dentro de estos si ese individuo es un denunciante puntual o un informante o colaborador policial. En el primer caso habrá de tenerse en cuenta posibles móviles del denunciante, y en el caso de los colaboradores o informantes policiales los mismos poseen un significante peligro de integrarse en el rol de agentes provocadores cuando participan en las operaciones infiltradas. Así, resulta esencial determinar que el acto delictivo se encontraba ya en desarrollo en el momento en el que la fuente comenzó a colaborar con la policía. Y se integra en este test sustantivo (iii) la existencia o no de normativización de estas técnicas para su autorización, desarrollo y supervisión judicial, siendo este último elemento y su contenido esenciales[1273].

[1269] SSTEDH Ramanauskas c. Lituania (Gran Sala), de 5 de febrero de 2008, apartado 54, Teixeira de Castro c. Portugal, de 9 de junio de 1998, apartado 37.
[1270] STEDH (Gran Sala) Ramanauskas c. Lituania, de 5 de febrero de 2008, apartado 55.
[1271] STEDH Ramanauskas c. Lithuania (No.2), de 20 de febrero de 2018, apartado 62.
[1272] STEDH Tchokhonelidze c. Georgia, de 28 de junio de 2018, apartado 44.
[1273] STEDH Tchokhonelidze c. Georgia, de 28 de junio de 2018, apartado 45.

El test procesal de la provocación policial parte de que cuando un acusado alega que se le ha incitado a cometer un delito, los tribunales penales deben realizar una revisión cuidadosa del expediente, dado que para que un proceso sea equitativo en virtud del art. 6.1 CEDH debe rechazarse cualquier prueba obtenida por provocación[1274]. Si la provocación se invoca y se apoya en ciertos indicios, corresponde a las autoridades judiciales proceder al examen de los hechos del caso y a tomar las medidas necesarias para averiguar la verdad con el fin de determinar si ha habido o no provocación, sin que el mero hecho de que el demandante se declare culpable de sus cargos no exime al tribunal de su obligación de examinar las alegaciones de provocación[1275]. En el examen del proceso nacional seguido, el TEDH observa (i) si los sistemas internos, como consecuencia de la estimación de la concurrencia de una provocación policial, excluyen la prueba o proporcionan una consecuencia procesal análoga; (ii) si el proceso de valoración de la concurrencia o no de provocación policial es un proceso contradictorio en el que la carga de la prueba se ubica en la inexistencia de provocación por parte de las autoridades; (iii) si ha incluido el tratamiento de las razones por las que la operación se inició, la implicación de las autoridades en el delito y la naturaleza de cualquier provocación o presión a la que el acusado fuera sometido; y (iv) si la defensa del acusado pudo interrogar a los agentes o a los testigos relacionados con la operación encubierta[1276].

5. Publicidad del proceso

La publicidad del procedimiento protege a los justiciables contra una justicia secreta que se escape del control público, constituyendo uno de los medios que contribuyen a mantener la confianza en los tribunales a través de su transparencia[1277] y abarcando:

- La audiencia pública: la audiencia pública implica el desarrollo de la actuación judicial de forma oral y abierta al público. Esta regla general instrumento esencial de la transparencia de la administración de justicia admite excepciones ancladas (1) en el interés público, pudiendo el tribunal excluir total o parcialmente la actuación judicial de la presencia del público y la prensa, siempre que la medida sea necesaria para alcanzar el objetivo de interés público que se persiga[1278] o (2) en la naturaleza puramente técnica de la decisión, que no requiera del escrutinio público[1279].

[1274] STEDH (Gran Sala) Ramanauskas c. Lituania, de 5 de febrero de 2008, apartado 60.
[1275] Ibid, apartado 72.
[1276] STEDH Tchokhonelidze c. Georgia, de 28 de junio de 2018, apartado 46.
[1277] SSTEDH Pretto y otros c. Italia, de 8 de diciembre de 1983, apartado 21, Sutter c. Suiza, de 22 de febrero de 1984, apartado 26.
[1278] SSTEDH Nikolava y Vandova c. Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013, apartado 74, T. c. el Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999, apartado 86, V. c. el Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999, apartados 88 y 90; B. c. el Reino Unido, de 24 de abril de 2001, apartados 37 y 38.
[1279] SSTEDH Lorenzetti c. Italia, de 10 de abril de 2012, apartado 33, Martinie c. Francia, de 12 de marzo de 2006, apartado 43.

- La presencia del acusado: el proceso equitativo/justo requiere que el acusado de un delito pueda acudir a la audiencia pública[1280] y garantizar al acusado el derecho a estar presente en la sala es uno de los elementos esenciales del art. 6 CEDH[1281]. La ausencia de audiencia pública a la que pueda acudir el acusado en apelación, siempre que haya existido esa audiencia pública en la primera instancia, puede estar justificada siempre que sólo se traten cuestiones de derecho y no de hecho[1282]. Sin embargo, aquellos procesos de apelación en los que el Tribunal haya de examinar tanto cuestiones de derecho como de hecho y realizar posicionamientos plenos sobre la inocencia o la culpabilidad, no podrá hacerlo sin una práctica directa de la prueba dadas en persona por el acusado para probar que no cometió el hecho que se alegue como constitutivo del delito. El principio de la audiencia pública incluye el derecho del acusado de proporcionar pruebas personalmente al tribunal de apelación[1283].
  Si bien es cierto que la ausencia del acusado en un procedimiento no es en sí mismo incompatible con el artículo 6 del CEDH, también lo es que se produce una denegación de justicia cuando la persona condenada in absentia no puede conseguir posteriormente, tras haber sido oída, que un tribunal resuelva de nuevo sobre la legitimidad del fundamento de la acusación de hecho y de derecho, cuando no se ha establecido que aquella haya renunciado a su derecho a comparecer y defenderse, o que tenía la intención de eludir la justicia[1284].

- El pronunciamiento público de las sentencias: hay que apreciar la forma de publicidad de la "sentencia" prevista por el Derecho interno de un Estado a la luz de las particularidades del procedimiento en cuestión y en función de la finalidad del art. 6 CEDH en este ámbito (permitir que el público controle el poder judicial para garantizar el derecho a un proceso equitativo)[1285] con el único límite de ocultar por completo al público la totalidad de una decisión judicial, que no puede justificarse[1286].

6. El desarrollo del proceso en un plazo razonable.

El art. 6.1 CEDH que garantiza a cualquier persona el derecho a ser oída en un plazo razonable, busca, en materia penal, evitar que los imputados permanezcan demasiado tiempo bajo el impacto de una acusación y que se decida sobre la legitimidad de su fundamento[1287], debiendo determinarse en cada caso, en función de sus circunstancias y con una evaluación global, si ha existido o no racionalidad en la duración del proceso[1288], ya que aunque algunas fases del

[1280] SSTEDH Colozza c. Italia, de 12 de febrero de 1985, apartados 27 a 29, Tierce y otros c. San Marino, de 25 de julio de 2000, apartado 94.
[1281] STEDH (Gran Sala) Hermi c. Italia, de 18 de octubre de 2006, apartado 58.
[1282] STEDH Ekbatani c. Suecia, de 26 de mayo de 1988, apartado 31.
[1283] STEDH Tierce y otros c. San Marino, de 25 de julio de 2000, apartado 95.
[1284] STEJUE (Gran Sala) Sejdovic c. Italia, de 1 de marzo de 2006, apartado 82.
[1285] STEDH Welke y Bialek c. Polonia, de 1 de marzo de 2011, apartado 83.
[1286] STEDH Raza c. Bulgaria, de 11 de febrero de 2010, apartado 53.
[1287] SSTEDH Kart c. Turquía (Gran Sala), de 3 de diciembre de 2009, apartado 68, Wemhoff c. Alemania, de 27 de junio de 1968, apartado 18.
[1288] STEDH Boddaert c. Bélgica, de 12 de octubre de 1992, apartado 36.

procedimiento se desarrollen a un ritmo aceptable, la duración total de las diligencias puede, no obstante, exceder del plazo razonable[1289].

- Las circunstancias hacia las que el TEDH apunta para realizar esta valoración son:
    - La complejidad del asunto, que podrá venir determinada por el número de delitos, número de personas llamadas al proceso, la dimensión –nacional o internacional- del proceso o la necesidad de uso de mecanismos de colaboración judicial internacional[1290].
    - La conducta del titular del derecho, pues aunque el art. 6 no requiere que el titular del derecho coopere activamente con las autoridades, ni tampoco se le pueda culpar, en relación con la vulneración del derecho, por hacer uso pleno de las opciones que le aporte el ordenamiento jurídico, sí le exige que no haya buscado la obstrucción voluntaria del proceso[1291] o que no se fugue, pues los períodos de fuga no computarían como dilaciones[1292].
    - El principio de la correcta administración de justicia. Este principio[1293] implica que los estados deben organizar sus sistemas judiciales para alcanzar el objetivo de la razonable duración de los procesos[1294] y, a su vez, conduce a analizar la conducta de las autoridades administrativas y judiciales[1295], sin que los periodos de inactividad puedan considerarse razonables[1296].
- Para analizar qué puede considerarse un periodo razonable en relación con el asunto, es necesario determinar qué duración ha tenido el proceso de que se trate y para ello:
    - El cómputo del tiempo ha de comenzar desde el día en el que una persona resulta vinculada al proceso[1297], al comunicarle la autoridad competente la noticia de que ha cometido un delito[1298], o desde el día en que su situación se ve sustancialmente afectada por un proceso[1299]. Abarca las investigaciones[1300] o periodos de actividad prejudicial como la detención[1301].

[1289] STEDH Dobbertin c. Francia, de 25 de febrero de 1993, apartado 44.
[1290] STEDH Neumeister c. Austria, de 27 de junio de 1998, apartado 21.
[1291] SSTEDH I.A. c. Francia, de 23 de septiembre de 1998, apartado 121, Ringeisen c. Austria, de 22 de junio de 1971, apartado 110.
[1292] STEDH Vayiç c. Turquía, de 20 de junio de 2006, apartado 44.
[1293] STEDH Boddaert c. Belgica, de 12 de octubre de 1992, apartado 39.
[1294] SSTEDH H. v. Francia, de 24 de octubre de 1989, apartado 58; Katte Klitsche de la Grange c. Italia, de 27 de octubre de 1994, apartado 61.
[1295] STEDH Martins Moreira c. Portugal, de 26 de octubre de 1998, apartado 60.
[1296] SSTEDH Adiletta c. Italia, de 19 de febrero de 1991, apartado 17, Beaumartin c. Francia, de 24 de noviembre de 1994, apartado 33.
[1297] STEDH Neumeister c. Austria, de 27 de junio de 1998, apartado 18.
[1298] STEDH Deweer c. Belgica, de 27 de febrero de 1980, apartado 46.
[1299] SSTEDH Neumeister c. Austria, de 27 de junio de 1998, apartado 13; Eckle c. Alemania, de 21 de junio de 1983, apartado 73; McFarlane c. Irlanda (Gran Sala), de 10 de septiembre de 2010, apartado 143.
[1300] STEDH Ringeisen c. Austria, de 22 de junio de 1972, apartado 110.
[1301] STEDH Wemhoff c. Alemania, de 27 de junio de 1968, apartado 19.

- El final del cómputo viene determinado por el fin de todo el proceso[1302], incluyendo las instancias de recurso[1303] y la ejecución de la sentencia firme[1304].

- CDFUE – TJUE: art. 47 CDFUE y Derecho derivado

El art. 47 CDFUE recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial[1305], complementado por el contenido del derecho derivado de los arts. 7 y 8 de la Directiva 2016/343/UE[1306] 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.

Señalan las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales[1307] que:

- El párrafo primero se basa en el artículo 13 del CEDH, pero en el Derecho de la Unión la protección es más amplia, ya que garantiza un derecho a un recurso efectivo ante un juez (en lugar de una instancia nacional). El TJUE consagró este derecho en su sentencia de 15 de mayo de 1986 como un principio general del Derecho de la Unión[1308]. Según el TJUE, este principio general del Derecho de la Unión también se aplica a los Estados miembros cuando éstos aplican el Derecho de la Unión. La inclusión de esta jurisprudencia en la Carta no tenía por objeto modificar el sistema de control jurisdiccional establecido en los Tratados ni, en particular, las normas relativas a la admisibilidad de los recursos interpuestos directamente ante el TJUE. El artículo 47 se aplica respecto de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, para todos los derechos que garantiza el Derecho de la Unión.
- El párrafo segundo corresponde al apartado 1 del artículo 6 del CEDH. En el Derecho de la Unión, el derecho a un tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias del hecho de que la Unión sea una comunidad de Derecho, tal y como lo hizo constar el Tribunal de Justicia en el asunto 294/83, Les Verts c. Parlamento Europeo (sentencia de 23 de abril de 1986, Rec. 1986, p. 1339). No obstante, salvo en lo referente a su ámbito de aplicación, las garantías ofrecidas por el CEDH se aplican de manera similar en la Unión.

[1302] STEDH König c. Alemania, de 10 de marzo 1980, apartado 98.
[1303] SSTEDH König c. Alemania, de 10 de marzo 1980, apartado 98; V. C. Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999, apartado 109.
[1304] STEDH (Gran Sala) Assanidze c. Georgia, de 8 de abril de 2004, apartado 181.
[1305] "*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.*
Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar […]"
[1306] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.
[1307] DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.
[1308] SSTJUE Johnston, asunto 222/84; Heylens, asunto 222/86, de 15 de octubre de 1987; Borelli, asunto C-97/91, de 3 de diciembre de 1992.

Por su parte el TJUE, partiendo de la declaración de la inclusión de este derecho en el art. 47 parr. 2 que se correspondería con el derecho garantizado por el art. 6 CEDH[1309], ha señalado que la CDFUE establece en su artículo 47 el derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos que les reconoce el Derecho de la Unión[1310] más allá de los reconocidos en la propia CDFUE, ampliando por tanto el marco de aplicación de los procedimientos civiles y penales del art. 6 CEDH[1311]. Desde lo anterior, y como en el caso del artículo 21, señala el TJUE que el artículo 47, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, es suficiente por sí solo y no es preciso que sea desarrollado por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Por lo tanto, el tribunal nacional está obligado a garantizar, de acuerdo con sus competencias, la protección jurídica para los justiciables derivada de lo dispuesto en los artículos 21 y 47 de la Carta, y a garantizar la plena eficacia de dichos artículos, dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga[1312].

Y con expresa referencia a las decisiones del TEDH y en conexión con los procesos penales, determina el TJUE que estas normas no se aplican a las cuestiones relativas a las formas de ejecución o de aplicación de dicha pena privativa de libertad[1313], salvo en el supuesto de que, tras la adopción de una decisión que determine la culpabilidad del interesado y le condene a una pena privativa de libertad, una nueva resolución judicial modifique o bien la naturaleza o bien la gravedad de la pena impuesta anteriormente, lo que sucede cuando una medida de expulsión sustituye a una pena de prisión o cuando aumenta la duración de la pena de prisión antes impuesta[1314]. Además, en relación a la ejecución y con expresa referencia a la Jurisprudencia del TEDH, señala el TJUE que este derecho sería ilusorio si el ordenamiento jurídico de un Estado parte permitiera que una resolución judicial definitiva y obligatoria careciera de eficacia en detrimento de una parte, pues la ejecución de una resolución judicial debe considerarse parte integrante del «proceso» en el sentido de dicho art. 6 CEDH[1315].

1. Acceso a un Tribunal

El artículo 47, párrafo segundo, de la Carta dispone que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un juez independiente e imparcial. El respeto de este derecho supone que la decisión de una autoridad administrativa que no cumpla en sí misma los requisitos de independencia e imparcialidad estará sujeta al control ulterior de un órgano jurisdiccional, el cual ha de tener competencia, en

[1309] STJUE G, C- 292/10, de 15 de marzo de 2012, apartado 58.
[1310] STJUE Berlioz Investment Fund, C‑682/15, de 16 de mayo de 2017, apartado 50.
[1311] STJUE, Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd, C-619/10, de 6 de septiembre de 2012, apartado 52.
[1312] STJUE (Gran Sala) Vera Egenberger, C‑414/16, de 17 de abril de 2018, apartados 78 y 79.
[1313] STJUE Samet Ardic, C-571/17 PPU, de 22 de diciembre de 2017, apartado 75.
[1314] Ibid. apartado 76.
[1315] STJUE Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov, C-205/15, de 30 de junio de 2016, apartado 43.

concreto, para pronunciarse sobre todas las cuestiones pertinentes[1316]. Con expresa referencia a la delimitación del derecho por el TEDH, el derecho de acceso a un tribunal constituye un elemento inseparable del derecho a un proceso equitativo reconocido por el art.6 1 CEDH, siendo necesario que se conceda al demandante la posibilidad de defender eficazmente su causa ante el juez[1317].

- Noción de "órgano jurisdiccional" nacional: El TJUE se ha pronunciado sobre el concepto de tribunal nacional con ocasión de las previsiones del art. 267 TFUE, ya que para estar facultado a efectos de una remisión prejudicial al TJUE es preciso que el organismo remitente pueda ser calificado como "órgano jurisdiccional" en el sentido de esa disposición delimitando qué órganos pueden plantearle cuestiones prejudiciales. Para apreciar si el órgano remitente posee el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que está sometida únicamente al Derecho de la Unión, el TJUE debe tomar en consideración un conjunto de criterios, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia[1318]. En relación a criterios estructurales y funcionales, un organismo nacional puede tener la consideración de «órgano jurisdiccional», a efectos del art. 297 TFUE, si ejerce funciones jurisdiccionales, aun cuando en el ejercicio de otras funciones, en particular de carácter administrativo, no pueda reconocérsele tal calificación. No puede considerarse que el órgano ante el que se interpone un recurso contra una resolución adoptada por los servicios de una administración sea un tercero en relación con éstos ni, por consiguiente, que sea un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, cuando presente un vínculo orgánico con dicha administración[1319].
- En relación a la posibilidad de limitar este derecho no absoluto, lo ha admitido el TJUE en relación al pago de tasas judiciales[1320] o los plazos de prescripción[1321].

El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar a los justiciables, en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, el respeto de su derecho a la tutela

[1316] SSTJUE Soufiane El Hassani, C-403/16, de 13 de diciembre de 2017, apartado 39, Berlioz Investment Fund, C-682/15, de 16 de mayo de 2017, apartado 55.
[1317] STJUE DEB, C-279/09, de 22 de diciembre de 2010, apartado 45
[1318] SSTJUE Dorsch Consult, C‑54/96, de 17 de septiembre de 1997, apartado 23; Syfait y otros, C‑53/03, de 31 de mayo de 2005, apartado 29, Häupl, C‑246/05, de 14 de junio de 2007, apartado 16, Epitropos, C-363/11, de 19 de diciembre de 2012, apartado 18.
[1319] STJUE Epitropos, C-363/11, de 19 de diciembre de 2012, apartado 21.
[1320] SSTJUE Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov, C-205/15, de 30 de junio de 2016, apartado 44, DEB, C-279/09, de 22 de diciembre de 2010, apartados 45, 52 y 60, Orizzonte Salute, C-61/14, de 6 de octubre de 2015E apartados 72 y 79.
[1321] STJUE Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) c. Ministero delle Finanze, C-231/96, de 15 de septiembre de 1998, apartados 34 a 36.

judicial efectiva[1322]. A falta de normas de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos de los justiciables, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable que la que rige situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). El principio de tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta no exige, de por sí, que exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, impugnar la conformidad de las disposiciones nacionales con normas del Derecho de la Unión, siempre que exista una o varias vías de recurso que permitan, con carácter incidental, garantizar el respeto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que es posible garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión y la protección efectiva de los derechos que este confiere a los particulares recurriendo al principio de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le sean imputables, principio que es inherente al sistema de los Tratados en los que se basa la Unión[1323].

2. Tribunal establecido por la ley

No contiene la jurisprudencia del TJUE mayores concreciones en este aspecto que las señaladas en el apartado anterior a la hora de determinar el concepto de órgano jurisdiccional, y la necesidad de que el mismo posea un origen legal[1324]. Si desarrolla el TGUE referencias extensas a este derecho con remisión a la jurisprudencia del TEDH en la Sentencia FV, T-639/16 P, de 23 de enero de 2018, que señala que "*la interpretación del artículo 47, párrafo segundo, primera frase, de la Carta de los Derechos Fundamentales, que ha de tenerse en cuenta la garantía que ofrece el artículo 6 CEDH, apartado 1, primera frase, que también establece el principio del juez predeterminado por la ley*"[1325], que "*refleja el principio de Estado de Derecho, del que resulta que un órgano judicial ha de establecerse con arreglo a la voluntad del legislador[1326]*", por lo que *"un tribunal debe constituirse con arreglo a la legislación relativa a la creación y a la competencia de los órganos juridiciales y a cualquier otra disposición del Derecho interno cuyo incumplimiento convierta en irregular la participación de uno o varios jueces en el examen del caso. Se trata, especialmente, de las disposiciones relativas a los mandatos, a las incompatibilidades y a la recusación de los magistrados[1327]*", siendo "*fundamental no solo que los jueces sean independientes e imparciales, sino también que el procedimiento para su nombramiento lo parezca;*

[1322] SSTJUE Miasto Łowicz y Prokurator Generalny, C-558/18 y C-563/18, de 26 de marzo de 2020, apartado 32; F. Hoffmann-La Roche Ltd y otros, C-261/21, de 7 de julio de 2022, apartado 43.
[1323] STJUE IG, C-289/21, de 24 de noviembre de 2022, apartados 33 a 35.
[1324] STJUE Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, C-54/96, de 17 de septiembre de 1997, apartado 23.
[1325] Ibid. apartado 71.
[1326] Ibid. apartado 72.
[1327] Ibid. apartado 73.

por ello, las normas para el nombramiento de los jueces han de cumplirse estrictamente. En otro caso, la confianza de los justiciables y del público en la independencia e imparcialidad de los tribunales podría verse erosionada[1328]*".*

3. Tribunal independiente e imparcial

3.1 Tribunal independiente

El concepto de independencia, inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la cualidad de tercero en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida[1329] y con las partes. El TJUE, con expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH, señala que en un primer aspecto, externo, supone que el órgano ha de estar protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios que se les sometan. Esta indispensable liberad frente a tales elementos externos exige ciertas garantías, como la inmovilidad, idóneas para proteger la persona de quienes tienen la misión de juzgar[1330].

3.2 Tribunal imparcial

Para el TJUE la imparcialidad es un segundo aspecto de la independencia, interno, que se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la igualdad de distancias que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica[1331]. El art. 47 CDFUE no se opone a que, antes de cualquier resolución sobre el fondo, un órgano jurisdiccional nacional en materia penal establezca, respetando las garantías procesales previstas por el Derecho nacional, la realidad de determinados hechos para poder plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial admisible[1332].

3.3 Garantías de independencia e imparcialidad

Estas garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a

[1328] Ibid. apartado 75.
[1329] SSTJUE Soufiane El Hassani, C-403/16, de 13 de diciembre de 2017, apartado 40, Wilson, C-506/04, de 19 de septiembre de 2006, apartado 49.
[1330] STJUE Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, C-506/04, de 19 de septiembre de 2006, apartado 51.
[1331] Ibid. apartado 52.
[1332] STJUE IP, DD, ZI, SS, HYA, C-269/22, de 30 de marzo de 2023, apartado 22.

elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio[1333].

4. Procedimiento equitativo

4.1 Igualdad de armas procesales

Para el TJUE el principio de igualdad de armas, que es un corolario del concepto mismo de proceso justo, implica la obligación de ofrecer a cada parte una oportunidad razonable de presentar su causa, incluidas sus pruebas, en condiciones que no la coloquen en una situación de clara desventaja con respecto a su adversario. Tiene como finalidad asegurar el equilibrio entre las partes del proceso, garantizando que todo documento aportado al órgano jurisdiccional pueda ser contrastado y contestado por cualquier parte en el proceso. El perjuicio que ha de provocar este desequilibrio debe ser, en principio, probado por quien lo ha sufrido[1334].

Además, el principio de igualdad de armas constituye la expresión específica del principio general de igualdad ante la ley que figura en el artículo 20 de la Carta y debe analizarse desde el punto de vista de dicho artículo 47 CDFUE[1335].

4.2 Derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo

El Tribunal de Justicia ya ha declarado que el derecho a permanecer en silencio está garantizado no solo por el art. 48 CDFUE , sino también por el artículo 47, párrafo segundo CDFUE, relativo al derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativamente[1336].
El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo implican que las autoridades competentes no deben obligar a los sospechosos o acusados a facilitar información si estos no desean hacerlo. A fin de determinar si se ha vulnerado el derecho a guardar silencio o el derecho a no declarar contra sí mismo, debe tenerse en cuenta:

- La interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un juicio justo en virtud del CEDH[1337].
- Que en virtud de los artículos 3, apartados 1, letra e), y 2, y 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 2012/13, los Estados miembros deben garantizar que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información oral o escrita y, cuando sean detenidas o privadas de libertad, una declaración de

[1333] STJUE Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, C-506/04, de 19 de septiembre de 2006, apartado 53.
[1334] STJUE (Gran Sala) Europese Gemeenschap contra Otis NV y otros, C-199/11, de 6 de noviembre de 2012, apartados 71 y 72.
[1335] SSTJUE Sánchez Morcillo y Abril García, C‑169/14, de 17 de julio de 2014, apartado 48, Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov, C-205/15, de 30 de junio de 2016, apartado 36.
[1336] SSTJUE (Gran Sala) Procureur de la République y otros, C-660/21, de 22 de junio de 2023, apartado 31; Consob, C-481/19, de 2 de febrero de 2021, apartado 45.
[1337] Considerando 27 de la Directiva (UE) 2016/343.

derechos escrita, entre otros, sobre el derecho a permanecer en silencio, a fin de permitir el ejercicio efectivo de ese derecho[1338].

- En el supuesto de que un sospechoso no haya sido oportunamente informado de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a permanecer en silencio, deberá determinarse si, a pesar de esta laguna, el proceso penal en su conjunto puede considerarse equitativo, teniendo en cuenta una serie de factores entre los que figuran si las declaraciones recabadas sin tal información forman parte de los indicios de criminalidad o son una parte importante de estos y la fuerza incriminatoria de los demás elementos del expediente[1339].

Además, el art. 7 de la Directiva 2016/343/UE determina, recogiendo de nuevo las previsiones del TEDH:

- Que los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse –art. 7.1-, que tengan derecho a no declarar contra sí mismos–art. 7.2- y que el ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate –art. 7.5-.
- Que el ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados –art. 7.3-.
- Que los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados.

4.3 Uso de pruebas obtenidas ilegalmente o en vulneración de las previsiones del CEDH -CDFUE

Señala el TJUE ha señalado que no se opone al uso por la administración en un procedimiento sancionador (IVA) de pruebas obtenidas en el marco de un procedimiento penal paralelo aún no concluido, sin conocimiento del sujeto pasivo, por medio de, por ejemplo, interceptaciones de telecomunicaciones e incautaciones de correos electrónicos, siempre que la obtención de esas pruebas en el marco de dicho procedimiento penal y la utilización de éstas en el marco del procedimiento administrativo no vulneren los derechos garantizados por el Derecho de la Unión. En lo que atañe al derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta y a las consecuencias que deben extraerse de una violación de los derechos garantizados por el Derecho de la Unión, ha de recordarse que, en virtud de ese artículo, toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas

[1338] STJUE (Gran Sala) Procureur de la République y otros, C-660/21, de 22 de junio de 2023, apartado 33.
[1339] Ibid. apartado 48.

en ese artículo. La efectividad del control judicial garantizado por ese artículo exige que el órgano jurisdiccional que lleve a cabo el control de la legalidad de una resolución por la que se aplica el Derecho de la Unión pueda comprobar si las pruebas en las que se basó esa resolución no se obtuvieron y utilizaron violando los derechos garantizados por ese Derecho, y en especial por la Carta. Este requisito se cumple si el órgano jurisdiccional que conoce del recurso contra la resolución de la administración tributaria por la que se practica una liquidación complementaria de IVA está facultado para controlar que las pruebas procedentes de un procedimiento penal paralelo aún no concluido, en las que se basa esa resolución, se obtuvieron en dicho procedimiento penal de conformidad con los derechos garantizados por el Derecho de la Unión o puede al menos asegurarse, basándose en un control ya ejercido por un órgano jurisdiccional penal en un procedimiento contradictorio, de que dichas pruebas se obtuvieron de conformidad con ese Derecho. Si no se cumple este requisito y, por ende, el derecho a la tutela judicial no es efectivo, o en caso de violación de otro derecho garantizado por el Derecho de la Unión, las pruebas obtenidas en el marco del procedimiento penal y utilizadas en el procedimiento administrativo en materia tributaria deben inadmitirse y la resolución impugnada basada en esas pruebas debe anularse si, por este motivo, queda privada de fundamento[1340]. Con referencia a la anterior sentencia, el TJUE reafirma su doctrina señalando La efectividad del control judicial garantizado por el artículo 47 de la Carta exige también que el tribunal que conoce de un recurso contra una resolución de la Administración tributaria por la que se practica una liquidación complementaria del IVA esté facultado para comprobar si las pruebas recabadas en un procedimiento administrativo conexo, en el que el sujeto pasivo no era parte, y utilizadas para fundamentar esa resolución no lo fueron vulnerando los derechos garantizados por el Derecho de la Unión y, en particular, por la Carta. Lo mismo ocurre cuando, como sucede en el litigio principal, tales pruebas constituyeron la base de resoluciones administrativas adoptadas en relación con otros sujetos pasivos y que han adquirido firmeza[1341].

En el estado actual de su evolución, el Derecho de la Unión no contiene normas relativas a las modalidades de la práctica de la prueba y a su utilización en el marco de procedimientos penales en materia de IVA. Por lo tanto, este ámbito es, en principio, competencia de los Estados miembros. Dicho esto, el artículo 325 TFUE, apartado 1, impone a los Estados miembros el deber de luchar contra el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas efectivas y disuasorias. Sin embargo, la obligación de garantizar la recaudación eficaz de los recursos de la Unión no exime a los órganos jurisdiccionales nacionales del necesario respeto de los derechos fundamentales garantizados por la Carta y los principios generales del Derecho de la Unión, dado que los procedimientos penales incoados por infracciones en materia de IVA constituyen una aplicación del Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta. En el ámbito penal, estos derechos y principios generales deben ser respetados no solo en los procedimientos penales, sino también durante

[1340] STJUE WebMindLicenses Kft, C-419/14, de 17 de diciembre de 2015, apartados 86 a 91.
[1341] STJUE Glencore Agriculture Hungary Kft, C-189/18, de 16 de octubre de 2019., apartado 63.

la fase de la investigación preliminar, desde el momento en que se acuse a la persona de que se trata. Resulta, en particular de las exigencias del principio de legalidad y del Estado de Derecho que, en principio, las facultades represivas no pueden ejercitarse excediéndose de los límites legales dentro de los cuales una autoridad está facultada para actuar con arreglo al Derecho de su Estado miembro. Las interceptaciones de las telecomunicaciones constituyen una injerencia en el derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 7 de la Carta. Con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta, tal injerencia solo puede admitirse si está prevista por la Ley y cuando, siempre que se respete el contenido esencial de dicho derecho y el principio de proporcionalidad, es necesaria y responde efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión. Si consta que las interceptaciones de las telecomunicaciones controvertidas en el litigio principal fueron autorizadas por una autoridad judicial que no disponía de la competencia necesaria para ello. Por tanto, debe considerarse que dichas interceptaciones de las telecomunicaciones no están previstas por la Ley, en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta. La norma controvertida en el procedimiento principal (art. 348 del Código de Enjuiciamiento Penal de la República de Bulgaria) en la medida en que obliga al juez nacional a descartar del procedimiento penal medios de prueba, como las interceptaciones de las telecomunicaciones, que requieren una autorización judicial previa cuando dicha autorización ha sido emitida por una autoridad jurisdiccional sin competencia para ello, refleja las exigencias del Estado de Derecho expuestas[1342].

En un supuesto en el que la Comisión en un asunto de competencia usó unas grabaciones en su decisión que no fueron realizadas ni por la Comisión ni por ninguna otra autoridad pública, sino por un particular que participó en dichas conversaciones (según las demandantes, las grabaciones controvertidas fueron realizadas por el empleado de un competidor vulnerando el derecho al respeto a la vida privada en los términos establecidos en el artículo 8 del CEDH) y que la Comisión obtuvo legalmente (a través de una inspección legal, art. 20 del Reglamento 1/2003, durante la cual se confiscaron), para el TGUE el uso como medio de prueba de una grabación ilegal no viola en sí mismo los principios de equidad establecidos en el artículo 6, apartado 1, del CEDH, incluso cuando dicha prueba haya sido obtenida infringiendo lo exigido por el artículo 8 del CEDH, cuando la parte demandante en cuestión no se vio privada de un proceso equitativo ni de su derecho de defensa y dicha prueba no fue el único medio de prueba invocado para motivar la condena[1343].

En concreto, los Estados miembros deben garantizar que se respeten los derechos de la defensa y el derecho a un juicio justo a la hora de sopesar las declaraciones que haga un sospechoso o acusado o las pruebas que se obtengan vulnerando su derecho a un letrado, o en aquellos casos para los que se establezca una excepción a este derecho de conformidad con la presente Directiva. En este contexto, debe tenerse presente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual los derechos de la defensa se verán en principio irrevocablemente

[1342] STJUE Petar Dzivev, C-310/16, de 17 de enero de 2019, apartados 23 a 40.
[1343] STGUE Goldfish BV y otros, T-54/14, de 4 de septiembre de 2016, apartado 62.

lesionados si se utilizan para la obtención de una condena declaraciones inculpatorias efectuadas durante los interrogatorios policiales sin posibilidad de acceso a un letrado. Ello debe entenderse sin perjuicio de la utilización de las declaraciones con otros fines permitidos por la normativa nacional, como la necesidad de llevar a cabo actos de instrucción urgentes o de evitar la perpetración de otros delitos o de graves consecuencias adversas para cualquier persona, o en relación con una necesidad urgente de evitar comprometer de modo grave el proceso penal en caso de que la instrucción en curso sobre un delito grave fuese a verse irremediablemente perjudicada por el hecho de que se permita la asistencia de letrado o se retrase la investigación. Por otro lado, ello se entiende sin perjuicio de las disposiciones o sistemas nacionales sobre la admisibilidad de pruebas, y no debe impedir que los Estados miembros mantengan un sistema con arreglo al cual puedan presentarse ante un tribunal o un juez todas las pruebas existentes, sin que se realice una valoración independiente o previa sobre la admisibilidad de dicha prueba[1344].

5. Publicidad del proceso

Determina el art. 8 de la Directiva 2016/343/UE que los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a estar presentes en el juicio[1345], pudiendo disponer que, aun en ausencia del sospechoso o acusado, pueda celebrarse un juicio que pueda dar lugar a una resolución de condena o absolución del sospechoso o acusado, siempre que: a) el sospechoso o acusado haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia; o b) el sospechoso o acusado, tras haber sido informado del juicio, esté formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado. Cualquier resolución adoptada de conformidad con lo anterior podrá ejecutarse contra el sospechoso o acusado en cuestión (arts. 8.1 a 8.3).

Si los Estados miembros establecen la posibilidad de celebrar juicio en ausencia del sospechoso o acusado, pero no es posible cumplir las condiciones establecidas en las líneas precedentes porque el sospechoso o acusado no ha podido ser localizado pese a haberse invertido en ello esfuerzos razonables, los Estados miembros podrán prever que, no obstante, se pueda adoptar y ejecutar una resolución. En estos casos los Estados miembros garantizarán que, cuando los sospechosos o acusados sean informados de la resolución, en particular cuando se les detenga, se les informe además de la posibilidad de impugnarla y del

[1344] Considerando 50 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

[1345] Sin perjuicio de las normas nacionales que dispongan que el juez o el tribunal competente puede excluir temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado cuando sea necesario para asegurar el curso adecuado del proceso penal, siempre que se respete el derecho de defensa, art. 8.5 Directiva 2016/343/UE. En su Considerando 33 la Directiva sienta que el derecho de los sospechosos y acusados a estar presentes en el juicio se basa en ese derecho y debe garantizarse en toda la Unión.

derecho a un nuevo juicio o a interponer otro tipo de recurso (art. 8.4) que permita una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas, y pueda desembocar en la revocación de la resolución original. En este sentido, los Estados miembros garantizarán que dichos sospechosos o acusados tengan derecho a estar presentes, a participar efectivamente, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho nacional, y a ejercer su derecho de defensa (art. 9).

De nuevo con referencia a la jurisprudencia del TEDH, determina el TJUE que no es necesaria la celebración de una audiencia cuando el asunto no plantea cuestiones de hecho o de Derecho que no puedan ser adecuadamente resueltas sobre la base del expediente y de las observaciones escritas de las partes[1346]. A ello se unen (i) las previsiones del art. 7.6. Directiva 2016/343/UE que señala que los Estados miembros tienen la facultad de decidir si, para infracciones leves, la tramitación del procedimiento, o de ciertas fases de este, pueda desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo; y (ii) s las previsiones del art. 8.6. Directiva 2016/343/UE, que prevé que las normas nacionales con arreglo a las cuales el procedimiento, o ciertas fases del mismo, se desarrolla por escrito, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

6. El TJUE no lo ha vinculado expresamente al art. 47 CDFUE, pero sí ha señalado que procede recordar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos[1347]. Esa fuerza de cosa juzgada afecta a los extremos de hecho y de Derecho que han sido efectiva o necesariamente zanjados por una resolución judicial[1348].

El reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que ha resuelto en última instancia no tiene en sí misma como consecuencia cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución[1349].

7. El desarrollo del proceso en un plazo razonable

El respeto del principio del plazo razonable, con arreglo al artículo 47, párrafo segundo, CEDH se impone a los Estados miembros cuando éstos aplican el

[1346] STJUE Moussa Sacko, C‑348/16, de 26 de julio de 2017, apartado 47.
[1347] STJUE Köbler, C-224/01, de 30 de septiembre de 2003, apartado 38; XC y otros, C-234/17, de 24 de octubre de 2018, apartado 52; CRPNPAC y Vueling Airlines, C-370/17 y C-37/18, de 2 de abril de 2020, apartado 88.
[1348] STJUE DIGI Communications NV, C-329/21, de 20 de abril de 2023, apartado 60.
[1349] STJUE Köbler, C-224/01, de 30 de septiembre de 2003, apartado 39.

Derecho de la Unión y cuya protección se impone igualmente en virtud del artículo 6.1 CEDH[1350], debiendo valorarse en cada caso en qué se concrete el plazo razonable en función de la complejidad del caso[1351], la conducta del demandante y de las autoridades nacionales.

- CE – TC: art. 24.1 y 117 CE

El principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional, o principio de "reserva de jurisdicción"[1352], está consagrado por el art. 117.3 CE[1353] y derivado del principio de independencia judicial garantizado por el art. 117.1 CE[1354]. Es a los Jueces y Magistrados, individualmente o integrados en Salas o Secciones de Justicia, a quienes corresponde dispensar la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyo contenido se extiende a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad exclusiva justamente derivada del principio de independencia judicial que garantiza el art. 117.1 CE[1355], que es consustancial a todo Estado democrático[1356].

El derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial –individual o colectiva[1357]– o de los actos preparatorios o previos al mismo –incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso[1358]– no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza[1359].

1. Acceso a un Tribunal - Acceso a la Jurisdicción

El acceso a la jurisdicción que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, garantiza la libertad de acceso de todos los españoles a los Tribunales de Justicia

[1350] STJUE Ufficio IVA di Piacenza contra Belvedere Costruzioni Srl, C-500/10, de 29 de marzo de 2012, apartado 23.
[1351] SSTJUE Groupe Gascogne SA c. Comisión Europea C-58/12 P, de 26 de noviembre de 2013, apartados 82-88, Ufficio IVA di Piacenza c. Belvedere Costruzioni Srl. C-500/10, de 29 de marzo de 2012 apartado 23.
.
[1352] STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19.
[1353] "*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*"
[1354]"*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*".
[1355] STC 231/2005, de 28 de septiembre, FJ 7.
[1356] STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 5.
[1357] STC 16/2006, de 19 de enero.
[1358] STC 55/2004, de 19 de abril.
[1359] SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3, 6/2011, de 14 de febrero, FJ 2, 183/2015 de 10 de septiembre.

de acuerdo con las distintas vías procesales que el ordenamiento ofrece[1360], desde las previsiones de la CE, la LOTC, la LOPJ y demás normas procesales.

En relación a la posibilidad de limitar este derecho no absoluto, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución[1361], habiendo considerado la posibilidad de limitarlo mediante tasas (la posible contradicción de su exigencia con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción solo se produciría si dichas tasas resultaran tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables)[1362], mediante decisiones de inadmisión, si encuentra fundamento en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente[1363], con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Es de este modo como debe entenderse en este ámbito el principio interpretativo *pro actione* y no, aunque pueda sugerirlo también su ambigua denominación, como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan[1364].

Una de las proyecciones del derecho reconocido en el art. 24.1 CE es que las resoluciones judiciales alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento, lo que implica, de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas[1365]. La ejecución de las Sentencias en sus propios términos, de modo que desconoce el derecho fundamental el Juez que, por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento, se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible[1366]. El derecho a la ejecución de las Sentencias judiciales postula el que la reacción frente al comportamiento contrario a la Sentencia pueda realizarse y "esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable, el principio *pro actione* que inspira el art. 24.1 CE. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han

[1360] STC 22/1986, de 14 de febrero, FJ 3.
[1361] SSTC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5, 48/1995, de 14 de febrero, FJ 2, 76/1996, de 30 de abril, FJ 2, 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5, y 20/2012, de 16 de febrero, FJ 5.
[1362] SSTC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 10, 140/2016, de 21 de julio, FJ 5.
[1363] SSTC 129/2014, de 21 de julio, FJ 2, 207/2015, de 5 de octubre.
[1364] SSTC 69/2005, de 4 de abril, FJ 2; 20/2012, de 16 de febrero, FJ 5; 115/2012, de 4 de junio, FJ 2; 129/2012, de 18 de junio, FJ 2 a); 130/2012, de 18 de junio; FJ 2 a); y 7/2015, 22 de enero, FJ 3.
[1365] SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 2, y 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, 38/2016, de 3 de marzo.
[1366] SSTC 125/1987, 167/1987 y 148/1989.

vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental[1367].

2. Tribunal establecido por la ley - Juez ordinario predeterminado por la Ley

Los arts. 117.3 y 4 CE desarrollan el principio consagrado en el art. 24.2 CE en relación con el "derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley", lo que significa la garantía para el justiciable de una predeterminación del órgano judicial que ha de instruir, conocer y decidir sobre su posible responsabilidad criminal, pero también indica que dicho "Juez ordinario" es el que se establezca por el legislador.

El derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley exige[1368]:

- Una interdicción del "juez excepcional" (avocaciones no determinadas por ley, jueces ex post facto, jueces ad hoc...), así como también del "juez especial" entendido, eso sí, como un juez sito fuera de la jurisdicción ordinaria y no integrado en ella —con excepción de la jurisdicción militar y con las restricciones que el artículo 117.5 de la Constitución impone[1369]—, pero no como un órgano judicial especializado por razón de la materia o de sus competencias y en el que por ley se centralicen ciertas competencias;
- Una "predeterminación legal", una cláusula que, amén de la institución de una reserva estricta de ley[1370], entraña la necesidad de que las reglas que crean y determinan la competencia de los tribunales llamados a conocer del caso se establezcan con las deseables dosis de generalidad o abstracción y de antelación al supuesto litigioso; y
- Que la composición de ese órgano venga determinada por la Ley, garantizándose así la independencia e imparcialidad que el derecho a la tutela judicial exige[1371] y que no puedan modificarse arbitrariamente los componentes y titulares del órgano, aunque, por razones derivadas de la naturaleza de las cosas, no quepa lógicamente exigir el mismo grado de fijeza

---

[1367] SSTC 167/1987, FJ 2, 164/1990, de 29 de octubre.

[1368] STC 119/2017, de 5 de octubre, FJ 4.

[1369] "*Del carácter restrictivo que impone a la jurisdicción militar el art. 117.5 CE, de cuya lectura resulta que esa jurisdicción es de carácter especial y que normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria se deduce que no basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen y en el caso concreto que nos ocupa que el conocimiento de un delito por razón del lugar en que se cometieron los hechos, está justificado porque esos hechos afectaban al «buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas»*", STC 75/1982, de 13 de diciembre.

[1370] SSTC 101/1984, FJ 4, y 93/1988, FJ 4.

[1371] STC 199/1987, de 16 de diciembre.

y predeterminación al órgano y a sus competencias que a sus titulares, pues lógicamente la Constitución no consagra el derecho a un juez en concreto[1372].

Las normas que conducen a la determinación del Juez son[1373]:

- Las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales[1374].
- Las que determinan la composición del órgano jurisdiccional, y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse[1375].
- Las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad. Estas normas comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad. El derecho a formular la recusación comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la Ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos Jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la Ley defiera el examen de la cuestión[1376].

[1372] SSTC 47/1983, FJ 2; 23/1986, FJ 3.

[1373] "*No puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas* ex lege *de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo. En igual medida tampoco afecta al contenido del derecho alegado el reparto de asuntos entre los distintos Juzgados de Instrucción, a menos que se haya realizado de modo que suponga la designación de un Juez ad hoc[1373]. Y las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria, ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias*", STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9.

[1374] STC 47/1992, de 12 de julio, JJ 3.

[1375] STC 47/1993, de 31 de mayo, FJ 2, señalando además que es cierto que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas «necesidades del servicio»-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado.

[1376] STC 47/1992, de 12 de julio, JJ 3.

3. Tribunal independiente e imparcial

Entre las garantías que incluye el art. 24.2 CE se encuentra, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 CE[1377], aplicable tanto al órgano de enjuiciamiento, como al Juez que dirige la instrucción[1378]. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él[1379].

- Imparcialidad subjetiva (que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes[1380]):

Esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio[1381] y que en lo que al Juez penal se refiere le exige la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, lo que obviamente tiene lugar si actúa en el proceso penal con estricta sujeción a lo que la normas procesales establecen. Esta estricta sujeción a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso. Pues esa igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el objeto del derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad[1382].

[1377] STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 2.
[1378] STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 21.
[1379] SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4.
[1380] STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2.
[1381] STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 3.
[1382] STC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4.

Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas:

- Que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte[1383];
- Que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra[1384]

- Imparcialidad objetiva (referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi[1385]):

Este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso[1386]. La determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo[1387].

A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior[1388]. En cuanto al uso de conocimientos extraprocesales del instructor no puede olvidarse que el Juez de Instrucción posee, en la fase de investigación en nuestro proceso penal, una doble posición: como director de la instrucción y como garante de los derechos fundamentales. En la primera de dichas funciones es la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse como actividad propiamente instructora y puede provocar en el ánimo del Juez prejuicios o impresiones en contra del

[1383] SSTC 18/1989, de 30 de enero, FJ 1, 53/1987, de 7 de mayo, FFJJ 1 y 2.
[1384] STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3.
[1385] STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2.
[1386] STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2.
[1387] STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4.
[1388] SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4.

acusado[1389]. De aquí que no pueda exigirse al instructor que no se haya formado juicios o impresiones previos. Por el contrario, el desarrollo de la investigación será la que vaya afianzando en el Juez un convencimiento sobre la comisión del delito y sobre la participación de los autores, lo que forma parte natural de su posición en el proceso, y condicionará las resoluciones que en lo sucesivo vaya adoptando[1390].

Las causas de recusación y de abstención previstas por la ley se orientan a la preservación de la imparcialidad judicial, y que el derecho a formular recusación es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelos[1391]. La imparcialidad habrá de analizarse en cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal[1392], no bastando con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas[1393].

4. Procedimiento equitativo.

4.1 Igualdad de armas procesales

La exigencia de igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad[1394], y fuera de las modulaciones o excepciones que puedan

[1389] SSTC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5, 164/1988, de 26 de septiembre, FJ 1, y 106/1989, de 8 de junio, FJ 2.
[1390] STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 8.
[1391] SSTC 42/1982, de 12 de julio, FJ 3; 145/1988, de 12 de julio, FJ 5; 138/1991, de 20 de junio, FJ 2; 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4;282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2.
[1392] SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6.
[1393] SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9.
[1394] SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4; y 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 3.

establecerse en fase de instrucción por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia[1395].

Del principio de igualdad de armas se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio[1396].

4.2 Proceso contradictorio

El principio de contradicción en el proceso penal hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios[1397] y constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo[1398], permitiendo el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla[1399]. Este derecho a la contradicción procesal no determina la necesidad de que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse en numerosos procesos y que no deriva de lo dispuesto en el art. 24.1 CE, siempre que se respete el aludido derecho a la defensa[1400]. El TC hace hincapié en la conexión del derecho fundamental a la prueba y su alcance instrumental con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), cuyo alcance incluye las cuestiones relativas a la prueba[1401], y con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es inseparable[1402].

4.3 Motivación de las decisiones judiciales - derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, implica:

[1395] SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, y 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3.
[1396] STC 178/2001, de 17 de septiembre.
[1397] SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3.
[1398] SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2.
[1399] STC 176/1988 de 4 de octubre.
[1400] STC 12/1987, de 4 de febrero.
[1401] SSTC 89/1986, de 1 de julio, FJ 2; 50/1988, de 22 de marzo, FJ 3; 110/1995, de 4 de julio, FJ 4; 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; y 221/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.
[1402] SSTC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; y 26/2000, de 31 de enero, FJ 2, 19/2001, de 29 de enero, FJ 4; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3).

- Que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión;
- Que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso (la sumisión del órgano judicial, al aplicar las normas, a las vigentes en el momento de la aplicación debe conectarse con el derecho de tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE–), pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria[1403] [1404], manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería en todo caso una mera apariencia; y
- Permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos[1405].

El canon de constitucionalidad aplicable es un canon reforzado cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental[1406]. Así, el deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucionalmente en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial. La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad[1407], según el cual en las resoluciones limitativas de los

---

[1403] "*Existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de argumentación, la resolución judicial resulta fruto de un mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo, lo que supone que la resolución judicial no es expresión de la Administración de justicia, sino mera apariencia de la misma y, por tanto, negación radical de la tutela judicial*", SSTC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7.

[1404] "*La negativa al acatamiento de la doctrina del TC por una resolución judicial (i.e. diez* ad quem *prescripción) supone una quiebra del mandato recogido en el art. 5.1 LOPJ de la que deriva la consiguiente lesión de los derechos de los demandantes a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE, en coherencia con la doctrina del propio TC*", por todas, las SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 6; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 37/2010 de 19 de julio, FJ 2; 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 7, 51/2016, de 14 de marzo, FJ 1, 138/2016, de 18 de julio, FJ 3.

[1405] SSTC 169/1994, de 6 de junio, FJ 2; 146/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; y 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5.

[1406] SSTC 196/2005, de 18 de julio, FJ 3; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3; 120/2008, de 23 de octubre, FJ 2, y 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 4.

[1407] Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o

derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida. Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada del TC que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo[1408], todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva[1409].

La incongruencia omisiva o *ex silentio* se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales[1410].

4.4 Derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo.

La doctrina sitúa los orígenes de ambos derechos, en cuanto manifestación del derecho de defensa, en la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías que se inicia en la Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso penal inquisitivo. Mientras que en éste, regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplan, como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponde, y acerca de los cuales los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada persona el procedimiento, de no prestar declaración en contra de sí mismo y de no confesar la culpabilidad[1411]. Ambos constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan

equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

[1408] SSTC 128/1995, 158/1996, 181/1995 y 54/1996.
[1409] STC 158/1996.
[1410] STC 178/2014, de 3 de noviembre.
[1411] STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6.

cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable[1412].

Con referencia a la STEDH John Murray c. Reino Unido, señala el TC que contraviene el derecho a un proceso justo la condena fundada exclusiva o esencialmente en la negativa a declarar del acusado, pero el TEDH señala que el art. 6.1 CEDH no impide valorar el silencio del acusado en aquellas situaciones en las que una explicación suya resulta necesaria a la vista de las pruebas incriminatorias existentes. La constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación[1413].

En suma, la colaboración del culpable podrá utilizarse como una circunstancia favorable a la modificación de la responsabilidad criminal (por ejemplo, art. 21 CP), pero es constitucionalmente inadmisible que su falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal, como sucedería si incidiera, negativamente para sus intereses, en el cómputo del plazo de prescripción del delito que se le imputa[1414].

4.5 Uso de pruebas obtenidas ilegalmente o en vulneración de las previsiones del CEDH - CE

Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones. Por eso, hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y

[1412] SSTC 36/1983, de 11 de mayo, FJ 2, 127/1992, de 28 de septiembre, FJ 2, 197/1995, de 21 de diciembre, JF 6, 229/1999, de 23 de diciembre, FJ 3, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4.

[1413] SSTC 202/2000, de 24 de julio, FJ 3, 26/2010, de 27 de abril y 8/2011, de 28 de febrero.

[1414] STC 147/2009, de 15 de junio.

posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso[1415].

Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el deterrent effect propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental. En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso[1416].

Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido. La lesión hipotética que aquí se considera no se puede por el hecho

[1415] STC 114/1984, FFJJ 2º y 3º.
[1416] STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4.

de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. La valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma[1417].

Desde lo anterior:

(i) Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el TC ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales[1418].

(ii) No existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, sin perjuicio, desde luego, de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos[1419], pudiendo descartarse que la aportación a la investigación penal de datos obtenidos de conocimientos extraprocesales lesione, por sí sola, el derecho a un proceso con todas las garantías[1420].

Y en lo que se refiere a la valoración de las pruebas (derivadas o reflejas) obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando previamente un derecho fundamental, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 CE[1421]. Y la regla especial es que en supuestos excepcionales el TC ha admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconoce como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia[1422].

El nexo entre unas y otras que permite afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas es la conexión de antijuridicidad. Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe

---

[1417] Ibid. FJ 5.

[1418] SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre, 49/1996, de 26 de marzo, 81/1998, de 2 de abril, 49/1999, de 5 de abril, 60/2001 (pleno), de 17 de marzo FJ 26, 126/2011, de 18 de julio, FJ 9.

[1419] STC 67/2001, de 17 de marzo.

[1420] SSTC 31/1982, de 28 de julio, FJ 3, 154/1990, de 15 de octubre, FJ 2, 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, y 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2

[1421] SSTC 85/1994, FJ 5;86/1995, FJ 3; 181/1995, FJ 4; 49/1996, FJ 5; 81/1998, de 2 de abril, FJ 4.

[1422] SSTC 86/1995, FJ 4 y 54/1996, FJ 9.

o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho fundamental en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamenta exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo[1423]. En otros términos, considerar si la prueba refleja se hubiera alcanzado de la misma forma a través de la actividad investigadora con independencia de la concreta vulneración del derecho fundamental sustantivo, rompiéndose de esta forma la conexión de antijuridicidad.

Ver al respecto la presunción de inocencia.

4.6 La provocación al delito

Regulado en el art. 282 bis LECr, determina en su apartado quinto que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. En lo que se refiere a la conducta del provocado al delito, el TC ha remitido en este aspecto al contenido de la jurisprudencia de la Sala Segunda y que la errónea actuación del sedicente culpable constituiría un supuesto de tentativa inidónea de delito putativo entendido en el amplio sentido o de delito aparente, pero, en todo caso, impune, dado que tanto la actuación del provocador -sea particular o la propia autoridad policial- como la del acusado, han de reputarse absolutamente ineficaces, no obstante lo cual la mejor doctrina de la propia Sala extrae de las anteriores consideraciones aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir otros ya cometidos, matización especialmente aplicable a ciertos delitos de trato sucesivo, como son los de ciertos tráficos, cuya comisión puede implicar una vasta red, de ámbito incluso internacional, con multitud de agentes o intermediarios, por lo que, en tales casos los agentes de la autoridad no buscan propiamente provocar la comisión de un delito, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad, a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia; conductas que deben castigarse en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocado estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente[1424].

[1423] STC 11/1981, FJ 8.
[1424] STC 11/1983, de 21 de febrero, FJ 6.

5. Publicidad del proceso – publicidad, inmediación y contradicción

El acto jurisdiccional en el que se desarrolle la prueba que pueda dar lugar a la culpabilidad debe acumular (i) la publicidad, que garantice el control del público y la confianza en la administración de justicia, (ii) la inmediación, que garantice que el tribunal que haya de valorar la prueba la haya presenciado y (iii) la presencia del acusado con pleno ejercicio de su derecho de defensa, materializado en su capacidad de intervenir sobre la prueba con contradicción.

(i) El principio de publicidad, expresado por el art. 120 CE[1425], tiene como metas proteger a las partes de una justicia substraída al control público y mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. La aplicación de estas consideraciones a nuestro proceso penal, en el que se distingue una fase preparatoria de instrucción y una posterior fase plenaria, que finaliza con el acto solemne del juicio oral y el posterior pronunciamiento de la Sentencia, nos conduce a la conclusión de que el derecho al proceso público del art. 24.2 CE como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad. El derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la CE[1426]. En lo que se refiere a los representantes de los medios de comunicación social y su asistencia a las sesiones de un juicio público, no tiene lugar en virtud de un privilegio gracioso y discrecional, sino de un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado ex art. 120.1 CE; y, de otro, que, siendo las audiencias públicas judiciales una fuente pública de información, forma parte del contenido del derecho que tienen los profesionales de la prensa la obtención de la noticia en la vista pública en que ésta se produce, sin que "en principio" –decíamos– pueda distinguirse al respecto entre los periodistas que cumplen su función mediante el escrito y los que se valen de otros medios técnicos para obtener y transmitir la noticia, como los de grabación óptica, a través de cámaras fotográficas o de radiodifusión visual, toda vez que el art. 20.1 d) CE garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz "por cualquier

[1425] "*1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*".
[1426] STC 176/1988, de 4 de octubre.

medio de difusión", sin distinción entre las diferentes modalidades de éstos en lo que se refiere al contenido constitucionalmente garantizado del derecho[1427].

(ii) La garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración[1428]. Así, en la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE)[1429]. En un proceso oral, tan solo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial[1430]. Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho[1431].

El pleno del TC[1432] señaló que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Desde entonces se ha consolidado una doctrina constitucional[1433], según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados[1434]—, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria. Por el contrario, en aplicación

[1427] STC 56/2004, FFJJ 3 y 4.
[1428] STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5.
[1429] STC 120/2009, de 18 de mayo.
[1430] STC 64/1993, de 1 de marzo.
[1431] STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5.
[1432] STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11.
[1433] SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, y 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5.
[1434] SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3.

de esta doctrina constitucional, también se ha declarado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración —como es el caso de pruebas documentales[1435], o de pruebas periciales documentadas[1436])—; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales[1437]. Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas[1438].

Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del TEDH. Y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, el TC, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo[1439]— no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se

[1435] SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4.
[1436] SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3.
[1437] SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6; 91/2009, de 20 de abril, FJ 4.
[1438] SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6; 2/2013, de 14 de enero, FJ 6.
[1439] "*A este respecto, cabe destacar que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa —error vencible de prohibición— que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa*", STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 8; "*El razonamiento del Tribunal Supremo versó sobre una cuestión de índole anímica o interna —el grado de conocimiento de la ilicitud de la acción por parte de los acusados— determinante de la culpabilidad o de la inocencia, en función del efecto de exoneración o atenuación previsto para el error de prohibición en el artículo 14.3 CP, que no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente. La reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó por lo tanto a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa —error vencible de prohibición— que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos debía ser preservada para garantizar su defensa efectiva (entre otras, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España)*", STC 36/2018, de 23 de abril, FJ 7.

produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado[1440] [1441].

(iii) En cuanto a la contradicción, ver lo señalado en las líneas previas y posteriores en el estudio del derecho de defensa, que parte de la presencia del acusado y/o de su (auto) defensa en la audiencia pública.

Tanto la publicidad como la inmediación admiten para el TC modulaciones, y así:

(i) En cuanto a la publicidad, y con respecto a la presencia de medios de comunicación masivos en sus múltiples formas, el órgano judicial puede adoptar medidas intermedias entre la audiencia pública y la celebración de la sesión a puerta cerrada si, como consecuencia del juicio de proporcionalidad o ponderación que realice, se llega al resultado de que, por las circunstancias del caso, basta para la protección de los bienes o derechos en peligro con la exclusión de la entrada de determinados medios técnicos de captación o difusión de información, como podrían ser las cámaras fotográficas, de vídeo o televisión". Partiendo de que la utilización de medios de captación y difusión visuales "puede afectar de forma mucho más intensa que el reportaje escrito a otros derechos fundamentales de terceros y a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos relativos a intereses colectivos, con los que el derecho a la libertad de información puede entrar en conflicto, que deberá resolverse conforme a las exigencias del

---

[1440] STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4.

[1441] Tal ampliación era el corolario de la recepción, entre otras muchas, de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Calero c. España, § 38. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46) "*Esta última resolución del Tribunal de Estrasburgo merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte, medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos. Y concluyó que los acusados se habían negado "de manera consciente y deliberada" a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que estas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas. Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados; a saber, que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo resultó decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que entendió que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, dato que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes. Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, estimando en consecuencia, violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)*", STC 59/2018, de 4 de junio.

principio de proporcionalidad y de la ponderación", encontrándose entre tales derechos: 1. La propia imagen de los intervinientes en los juicios cuando no son personajes públicos, y, en su caso, el honor o la intimidad, garantizados en el art. 18.1 CE; 2. En determinadas circunstancias extremas, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE); 3. Los derechos de defensa y el ordenado desarrollo del proceso indispensable para la correcta administración de justicia, de modo –en este último sentido– que, si, como el TC ya ha declarado, los derechos del art. 24 CE pueden constituir límites al ejercicio de la libertad de información[1442], es razonable afirmar que esos límites a los derechos del art. 20.1 d) CE podrán llegar tanto más lejos cuanto mayor sea el grado del perjuicio que éstos puedan suponer a los derechos de defensa; y que ese grado de perjuicio, sin duda, se intensifica en el caso de la captación y difusión de información visual. La circunstancia de que, en virtud de los peligros ciertos mencionados, las limitaciones del acceso a las audiencias públicas judiciales de medios de captación óptica puedan alcanzar más intensidad que las aplicables al reportaje escrito no significa que el acceso a la noticia, también con aquellos medios, y su elaboración y difusión esté ya excluido del contenido del derecho constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 d) CE, pero sí comporta que tales medios puedan verse especialmente afectados por las excepciones que prevean las leyes de procedimiento a la publicidad de las actuaciones judiciales, posibilidad que especifica la propia CE en su art. 120.1 y, en cuya virtud, el legislador, en la función que le corresponde de regular el ejercicio de los derechos fundamentales conforme a una adecuada ponderación entre ellos y otros bienes constitucionalmente protegidos relativos a intereses de la colectividad (art. 53.1 CE y, por lo que en concreto se refiere a la libertad de información, art. 20.4 CE), ha previsto los supuestos en que la publicidad de las actuaciones judiciales pueda ser limitada o excepcionada por los Jueces y Tribunales[1443] cuando deba considerarse, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación, que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia y, en consecuencia, debe retroceder la libertad de información[1444].

(ii) Con respecto a la inmediación, señala el TC en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 LECr) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista[1445].

6. El derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales

[1442] ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6.
[1443] STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2.
[1444] STC 56/2004, FJ 5.
[1445] STC 120/2009, de 18 de mayo.

se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos, es una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva[1446]. Si el órgano judicial modificase sus resoluciones fuera del correspondiente recurso establecido al efecto, incluso cuando entendiera que esas resoluciones no se ajustan a la legalidad vigente, lesionaría con ello el derecho a la tutela judicial efectiva que protege frente a la pretensión de reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. Y ello porque el derecho a la tutela judicial efectiva "comprende la ejecución de los fallos judiciales y, en consecuencia, su presupuesto lógico es el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que está entre las garantías consagradas por el art. 24.1 CE"; inmodificabilidad que opera incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad[1447].

En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes[1448]. Por ello, el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza[1449].

La determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia solo son revisables por la jurisdicción constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables[1450].

7. El desarrollo del proceso en un plazo razonable

De acuerdo con el TC, las dilaciones indebidas:

(i) Parten de un derecho ordenado al proceso cuya finalidad específica radica en la garantía de que el proceso judicial, incluida la ejecución de las

[1446] STC 17/2008, de 31 de enero, FJ 3.
[1447] SSTC 20/2010, de 27 de abril, FJ 4; 322/2006, de 20 de noviembre, FJ 2.
[1448] SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 59/1996, de 15 de abril, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 3; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 6; 55/2000, de 28 de febrero, FJ 4; 207/2000, de 24 de julio, FJ 2; 309/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3.
[1449] STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4.
[1450] SSTC 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3; 92/1993, de 15 de marzo, FJ 3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4; 135/2001, de 18 de julio, FJ 6; 9/2023, de 22 de febrero, FJ 5.

resoluciones, se ajuste en su desarrollo a adecuadas pautas temporales[1451]. La prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a los Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de los litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso[1452]. Este contenido prestacional afecta también a los demás poderes del Estado ya que lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de las necesarias medidas personales y materiales. Pero también otra faceta reaccional, que actúa también en el marco estricto del proceso y consiste en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas.

(ii) No puede identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad[1453].

(iii) Son una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental reseñado[1454]. Así, el juicio sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que ha ido precisando a través de sus resoluciones, como son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades[1455].

(iv) El hecho de que la demora se deba a esos motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), pues esta situación no altera la naturaleza injustificada de dichas dilaciones, según reiterada jurisprudencia del TEDH, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias[1456]. Así, por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de

[1451] STC 35/1994, de 31 de enero.
[1452] SSTC 89/2014, de 9 de junio, FJ 4; 99/2014, de 23 de junio, FJ 4, y 74/2015, de 27 de abril, FJ 4.
[1453] STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3.
[1454] STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4.
[1455] STC 75/2016, de 31 de mayo.
[1456] STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 4.

Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones[1457].

(v) En materia penal la dimensión temporal del proceso tiene mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes[1458]. Ese especial relieve de la dimensión temporal en el proceso penal se acentúa singularmente en los supuestos de medidas preventivas de privación de libertad. Pero, al margen de estos supuestos, la presteza en la decisión judicial para clarificar las eventuales responsabilidades penales es una exigencia constitucional también para la efectividad de la justicia y de las funciones que cumplen las sanciones penales. Hasta tal punto es así que el CP ha previsto plazos de prescripción que suponen la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, tanto en lo que se refiere a la prescripción del delito como a la prescripción de la pena (arts. 112 y ss. C.P.). Otros mecanismos tienden a paliar las nocivas consecuencias personales, familiares, laborales o de otra índole que de ese indebido retraso pueden derivarse para el condenado, en relación con la orientación que el art. 25.2 C.E. establece para las penas privativas de libertad, orientación que, más allá de la finalidad de la pena, trata de facilitar y favorecer al penado que pierde su libertad una efectiva reinserción en la sociedad y una adecuada rehabilitación. En este marco pueden situarse, por ejemplo, el indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena. Esta doble trascendencia, social y personal, de las dilaciones indebidas debe, sin duda, tenerse presente al diseñar la política criminal y habrá de reflejarse no sólo en el tratamiento penitenciario, sino también en su caso en la respuesta legal a estas anómalas situaciones[1459]. De acuerdo con lo que ya era una realidad jurisprudencial, el art. único.1 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio incorporó al art. 21.6 CP la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Con todo, desde la perspectiva constitucional del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, estas medidas no forman parte del contenido de este derecho porque rebasan el ámbito del proceso o la finalidad de la conclusión inmediata del mismo que conforma su contenido constitucional[1460]. Y, por ello, el TC ha venido estableciendo que la denunciada vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas carece de sentido cuando el procedimiento ya ha finalizado[1461]. Así, en relación con demandas de amparo el TC ha declarado que no cabe denunciar ante él las dilaciones indebidas una vez que ha concluido el proceso penal en ambas instancias, pues la apreciación por él de las pretendidas dilaciones no podría conducirle a adoptar medida alguna para hacerla cesar[1462], pues "no siendo posible la *restitutio in integrum* del derecho fundamental, dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento solicitado por la recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso,

[1457] STC 180/1996, de 16 de noviembre, FJ 4.
[1458] SSTC 5/1985 y 133/1988.
[1459] STC 35/1994, de 31 de enero.
[1460] STC 35/1994, de 31 de enero
[1461] SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 4; 152/1987, de 7 de octubre, FJ 2; 137/1988, de 3 de octubre, FJ 3; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 3; 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 205/1994, de 1 de julio, FJ 3; 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3.
[1462] STC 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2.

para su conservación [art. 55.1 c) LOTC] sólo podrá venir por la vía indemnizatoria[1463].

2. *Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica*

- CEDH – TEDH

El proceso justo en los términos del art. 6.1 CEDH ha sido reconocido de forma global por el TEDH a las personas jurídicas[1464] en la misma forma en la que se aplica a las personas físicas[1465]. Y, en concreto, el TEDH lo ha reconocido expresamente en prácticamente todas y cada una de las dimensiones reconocidas para las personas físicas:

(i) El acceso a un Tribunal[1466],
(ii) Tribunal establecido por la ley[1467],
(iii) Tribunal independiente e imparcial [1468],
(iv) Proceso equitativo:
  a. Igualdad de armas[1469],
  b. Proceso contradictorio[1470],

[1463] SSTC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 8; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3.
[1464] STEDH OAO Neftyanaya Kompania Yukos c. Rusia, de 20 de septiembre de 2011, apartado 551.
[1465] Decisión TEDH Fortum Oil and Gas OY c. Finlandia, de 12 de noviembre de 2002, apartado 2.
[1466] SSTEDH Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. c Slovenia, de 23 de octubre de 2018, apartados 59; Julius Kloiber Schlachthof GMBH y otros c. Austria, de 4 de abril de 2013, apartados 28 a 34. Y aunque reconocidos en referencia a la dimensión civil del 6,1 CEDH, plenamente aplicables SSTEDH Stone Court Shipping Company S.A. c. España, de 28 de octubre de 2003, apartados 40 y 43; Sociedad anónima del Ucieza c. España, de 4 de noviembre de 2014, apartados 40 y 41; Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. C. Italia, de 13 de diciembre de 2018, apartado 54 (en la dimensión del derecho a la ejecución de las decisiones judiciales), Panorama LTD y Milicic c. Bosnia Herzegovina, de 25 de julio de 2017, apartado 64; Teltronic-CATV c. Polonia, de 10 de enero de 2006, apartados 63 y 64 (tasas de acceso a la jurisdicción civil).
[1467] Aunque reconocidos en referencia a la dimensión civil del 6,1 CEDH, plenamente aplicables SSTEDH Aviakompaniya A.T.I. c. Ucrania, de 5 de octubre de 2017, apartados 44 y 45; Bazalt Impeks, TOV c Ucrania, de 1 de diciembre de 2011, apartado 21; DMD Group, A.SD. c Slovakia, de 5 de octubre de 2010, apartados 58 a 61 y 72.
[1468] SSTEDH UTE Saur Vallnet c. Andorra, de 29 de mayo de 2012, apartados 49 a 51 y 58; Rorum Maritime S.A. c. Rumania, de 4 de octubre de 2007, apartados 115 a 122. Aunque reconocidos en referencia a la dimensión civil del 6,1 CEDH, plenamente aplicables SSTEDH Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union c. Ucrania, de 26 de junio de 2018, apartado 167; Liga Portuguesa de Futbol Profesional c. Portugal, de 17 de mayo de 2016, apartado 74; HIT D.D. Novas Gorica c. Slovenia, de 5 de junio de 2014, apartados 34 a 36 y 41 a 42; Dubus S.A. c. Francia, de 11 de junio de 2009, apartado 61.
[1469] Aunque reconocido en referencia a la dimensión civil del 6,1 CEDH STEDH PSMA, SPOL S.R.O. c Slovakia, de 9 de junio de 2015, apartados 71 y 79; draft – OVA A.S. c Slovakia, de 9 de junio de 2015, apartados 71 y 86; STEDH SA-Capital OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartado 66.
[1470] SSTEDH SA-Capitañ OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartado 66: Zagrebacka Banka D.D. c. Croacia, de 12 de diciembre de 2013, apartados 197 y 205; 3ª.CZ S.R.O c República Checa, de 10 de febrero de 2011, apartados 38 a 40; Clinique des Acacias y otros c. Francia, de 13 de octubre de 2005, apartados 37 y 43. Desestimando la demanda, pero reconociendo el derecho STEDH Les Authentiks y Supras Auteuil 91 c. Francia, de 27 de octubre de 2016, apartados 49 y 50; STEDH SA-Capital OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartado 66.

c. Motivación de las decisiones judiciales,
d. Derecho a guardar silencio[1471],
e. Uso de pruebas obtenidas ilegalmente[1472],

(v) La publicidad del proceso
a. La audiencia pública[1473]

(vi) El derecho al desarrollo del proceso en un plazo razonable[1474].

No se han identificado resoluciones de provocación al delito asociadas a personas jurídicas.

- CDFUE – TJUE

El TJUE ha reconocido el Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial de las personas jurídicas[1475]: "*El término «persona» empleado en los dos primeros párrafos del artículo 47 de la Carta puede referirse a las personas físicas, pero, desde un punto de vista estrictamente lingüístico, no excluye a las personas jurídicas*"[1476].

Específicamente en relación a las dimensiones expresadas para las personas físicas (i) El acceso a un Tribunal[1477], (iii) Tribunal independiente e imparcial[1478] y (iv) Proceso equitativo - Igualdad de armas[1479] y uso de pruebas obtenidas ilegalmente[1480].

Dada la posición del sistema de la Unión Europea de derechos fundamentales con respecto al del TEDH, deben darse por reconocidos con el contenido dado por el mismo (así lo hace en los casos en los que se pronuncia el TJUE), los derechos mencionados en el apartado anterior (CEDH -TEDH) también en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión.

- CE – TC

El TC ha reconocido expresamente que el derecho a la tutela judicial efectiva protege tanto a las personas físicas como a las jurídicas[1481], y se ha pronunciado

[1471] STJUE (Gran Sala) Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, apartado 74.
[1472] STEDH SA-Capitañ OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartado 73.
[1473] SSTEDH Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. c Slovenia, de 23 de octubre de 2018, apartados 53 y 54; Grande Stevens y otros c. Italia, de 4 de marzo de 2014, apartado 118 a 123.
[1474] SSTEDH (Gran Sala) Lupenu Greek Cathiolic Paris y otros C. Rumania, de 29 de noviembre de 2016, apartado 152; STEDH Liga Portuguesa de Futbol Profesional c. Portugal, de 17 de mayo de 2016, apartado 96.
[1475] STJUE (Gran Sala) Berlioz Investment Fund, C-682/15, de 16 de mayo de 2017, apartados 48 a 52.
[1476] STJUE DEB, C-279/09, de 22 de diciembre de 2010, apartado 38.
[1477] STJUE (Gran Sala) Berlioz Investment Fund, C-682/15, de 16 de mayo de 2017, apartado 56.
[1478] Ibid. apartado 55.
[1479] Ibid. apartados 96 y 100.
[1480] STJUE WebMindLicenses Kft, C-419/1, de 17 de diciembre de 2015, apartados 86 a 91.
[1481] SSTC (Pleno) 20/2012, de 16 de febrero, FJ 9; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 3; 53/1985, de 20 de junio, FJ 1.

sobre la titularidad de las personas jurídicas de las siguientes dimensiones de la tutela judicial efectiva expresadas para las personas físicas:

(i) Acceso a un Tribunal - Acceso a la Jurisdicción[1482]
(ii) Tribunal establecido por la ley - Juez ordinario predeterminado por la Ley[1483]
(iii) Tribunal independiente e imparcial[1484]
(iv) Procedimiento equitativo:
   a. Igualdad de armas procesales[1485].
   b. Proceso contradictorio[1486].
   c. Motivación de las decisiones judiciales[1487].
   d. Derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo.

Deteniéndonos por poseer especial relevancia, el TC ha reconocido a la persona jurídica este derecho, en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, por utilizar la administración -y validar los Tribunales- una conformidad prestada en un procedimiento para evitar un delito fiscal (conformidad prestada sobre una liquidación desarrollada con los frutos de una vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria de la persona jurídica), en procedimientos distintos, en los que las actas fueron firmadas en disconformidad precisamente por la vulneración de derecho fundamental del art. 18.2 CE: "*la prueba declarada ilícita se convalida con base a un reconocimiento de hechos que se realiza en otro expediente, en lo que aparece como una prueba derivada indirecta y que por ello no puede alcanzar el valor de confesión cuando, como en este caso, la recurrente había expresado su disconformidad en relación con los actos aquí impugnados precisamente con fundamento en la ilicitud de la actuación inspectora. En definitiva, se ha vulnerado la garantía de no autoincriminación del art. 24.2 CE al extenderse la conformidad prestada en un procedimiento administrativo a otros procedimientos administrativos sancionadores distintos, que constituyen el objeto de este recurso de amparo*"[1488].

(v) Uso de pruebas obtenidas ilegalmente o en vulneración de las previsiones del CEDH - CE

El TC ha reconocido a la persona jurídica este derecho, en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, en el caso en que se alcanzara un pronunciamiento condenatorio utilizando exclusivamente pruebas con conexión

[1482] SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 10; 140/2016, de 21 de julio, FJ 13 (tasas judiciales) y, desde la anterior, SSTC 104/2017, de 18 de septiembre, 84/2017, de 3 de julio, 83/2017, de 3 julio, 74/2017, de 19 de junio, 70/2017, de 5 de junio, 40/2017, de 24 de abril.
[1483] SSTC 131/2004, de 19 de julio, FJ 4; 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 2; ATC 332/1985, de 22 de mayo, FJ 4.
[1484] SSTC 164/2008 de 15 de diciembre, FJ 4; 154/2001, de 2 de julio, FJ 4; 7/1997, de 14 de enero, FJ 3; 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 4.
[1485] SSTC 223/2007, de 22 de octubre, FJ 2; 306/2006, de 23 de octubre, FJ 2.
[1486] STC 191/1987, de 1 de diciembre, FJ 2.
[1487] STC 135/2017, de 27 de noviembre, FJ 4.
[1488] STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 8.

de antijuridicidad con la obtenida en vulneración de los derechos fundamentales de la persona jurídica[1489].

(vi) Publicidad del proceso[1490]
(vii) El desarrollo del proceso en un plazo razonable[1491]

No se han identificado resoluciones en relación a la inmediación en la valoración de la prueba para la condena de la persona jurídica y en la provocación al delito asociada a personas jurídicas.

C. Derecho fundamental de defensa

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 6.3 CEDH

Las exigencias del art. 6.3 CEDH[1492] representan aspectos específicos del derecho a un proceso equitativo garantizado por el art. 6.1 CEDH[1493], siendo las garantías expresamente enunciadas son ilustraciones de la noción de proceso equitativo en ciertas situaciones procesales típicas que suelen darse en materia penal, pero su objetivo intrínseco es garantizar, o contribuir a garantizar, el carácter equitativo del proceso penal en su conjunto. Estas garantías no son pues un fin en sí mismo y deben interpretarse a la luz de sus funciones en el contexto general del procedimiento[1494], desarrollándose en torno a (1) la Información sobre la naturaleza y la causa de la acusación, (2) la preparación de la defensa, (3) el derecho a la autodefensa o a ser defendido por un abogado, (4) el interrogatorio de los "testigos" y (5) la asistencia del intérprete y todo ello en el contexto de

---

[1489] STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 9.
[1490] Dado el carácter eminentemente formal del principio, es plenamente aplicable a los procesos en los que participen personas jurídicas (generalmente acompañadas de personas físicas).
[1491] SSTC 178/2007, de 23 de julio, FJ 3; 177/2004, de 18 de octubre, FJ 4; 223/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 198/1999, de 25 de octubre, FJ 7; 99/1998, de 4 de mayo, FJ único; 78/1998, de 31 de marzo, FJ 7.
[1492] "*3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*
a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;
d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".
[1493] SSTEDH Sakhnovski c. Rusia (Gran Sala), de 2 de noviembre de 2010, apartado 94, Gäfgen c. Alemania (Gran Sala), de 1 de junio de 2010, apartado 169, Vacher c. Francia, de 17 de diciembre de 1996, apartado 22.
[1494] SSTEDH Mayzit c. Rusia, de 20 de enero de 2005, apartado 77, Selenev c. Rusia, de 26 de junio de 2008, apartado 67.

poder influir en el resultado de los procedimientos mediante su participación. Junto a las mismas, el CEDH prevé como garantías específicas de la persona privada de libertad preventivamente la información de los motivos de la misma en el art. 5.2 CEDH[1495].

1. Información sobre la naturaleza y la causa de la acusación

El escrito de acusación juega un papel crucial en las diligencias penales: desde su notificación, la persona encausada es oficialmente avisada de la fundamentos de hecho y de derecho de los cargos formulados en su contra[1496]. El art. 6.3.a) CEDH reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la "causa" de la acusación, es decir, de los hechos materiales que se le imputan y sobre los cuales se basa la acusación, sino también de la "naturaleza" de la acusación, es decir, de la calificación jurídica dada a esos hechos[1497]. Así, En materia penal, la equidad del proceso exige una información completa y precisa sobre los cargos que pesan contra un acusado y, por lo tanto, la calificación jurídica que el tribunal podría adoptar en su contra[1498].

El carácter detallado de la información varía según las circunstancias de la causa, pero la adecuación de esa información se deberá valorar conjuntamente con el art. 6.3.b), es decir, que la información deberá ser la adecuada para permitir la preparación de la defensa. Por ello, los apartados a) y b) del artículo 6.3, se tienen que entender conjuntamente y el derecho a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación debe valorarse basándose en el derecho del acusado a preparar su defensa[1499]. Y en la misma forma ha de entenderse la previsión del más breve plazo o la celeridad en proporcionar la información. La obligación de informar al acusado incumbe exclusivamente a la acusación y no puede cumplirse de forma pasiva generando informaciones sin advertir a la defensa[1500], debiendo ser realmente recibida por el acusado, no siendo suficiente una presunción legal de recepción.

Y estas mismas garantías deberán otorgarse en caso de que se produzca una modificación de la acusación[1501].

[1495] "*2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella*".
[1496] SSTEDH Pelissier y Sassi c. Francia (Gran Sala), de 25 de marzo de 1999, apartado 51, Kamasinski c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, párrafo 79.
[1497] SSTEDH Mattoccia c. Italia, de 25 de julio de 2000, apartado 59, Penev c. Bulgaria, de 7 de enero de 2010, apartados 33 y 42.
[1498] SSTEDH Pélissier y Sassi c. Francia (Gran Sala), de 25 de marzo de 1999, apartado 52; Sejdovic c. Italia (Gran Sala), de 1 de marzo de 2006, apartado 90.
[1499] SSTEDH Pélissier y Sassi c. Francia (Gran Sala), de 25 de marzo de 1999, apartado 54; Dallos c. Hungría, de 1 de marzo de 2001, apartado 47.
[1500] SSTEDH Mattoccia c. Italia, de 25 de julio de 2000, apartado 65; Chichlian y Ekindjian c. Francia, de 16 de marzo de 1989, apartado 71.
[1501] STEDH Mattoccia c. Italia, de 25 de julio de 2000, apartado 61.

2. Preparación de la defensa

La actividad de defensa del acusado comprende todo lo que sea necesario para preparar el juicio. El acusado debe poder preparar adecuadamente y sin restricción su defensa, así como poder hacer valer cualquier medio de defensa en el proceso, influyendo así en su resultado[1502], lo que se integra en la disposición de las facilidades necesarias (acceso a las pruebas y asistencia legal) y de un plazo adecuado para hacerlo.

(i) Entre las facilidades que todo acusado debe tener se encuentra la posibilidad de conocer, para preparar su defensa, los resultados de las investigaciones realizadas durante todo el procedimiento[1503], y ello porque el derecho a un proceso contradictorio requiere conceder a acusación y defensa la oportunidad de conocer y comentar las alegaciones y pruebas aducidas por la otra parte[1504] y la igualdad de armas procesales constituye una dimensión esencial del proceso equitativo/justo[1505] que parte de ese conocimiento.

El derecho de acceso al expediente no es absoluto. En algunos casos, puede ser necesario ocultar determinadas pruebas a la defensa con el fin de preservar los derechos fundamentales de otra persona o para proteger el interés público. En cualquier caso, sólo son legítimas en virtud del art. 6.1 CEDH las medidas restrictivas de los derechos de defensa que sean absolutamente necesarias[1506]. Y limitaciones temporales del acceso a un acusado al expediente judicial no debe impedir en modo alguno que los elementos de prueba estén disponibles para el acusado antes del juicio y que éste pueda, a través de su abogado, formular comentarios sobre ellos en su defensa[1507], sin que se pueda obstaculizar que el acusado obtenga copia de los documentos pertinentes del expediente ni que tome y use notas tomadas por él[1508].

La omisión de revelar a la defensa las pruebas materiales que contienen elementos que podrían eximir al acusado o atenuar su pena podría interpretarse como una negativa a proporcionar las facilidades necesarias para la preparación de la

[1502] SSTEDH Mayzit c. Rusia, de 20 de enero de 2005, apartado 78; Connolly c. Reino Unido (declaración) de 26 de junio de 1996; Moiseyev c. Rusia, de 9 de octubre de 2008, apartado 220; Gregacevic c. Croacia, de 10 de julio de 2012, apartado 51.
[1503] SSTEDH Huseyn y otros c. Azerbaiyán, de 4 de marzo de 2008, apartado 175, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia, de 20 de septiembre de 2011, apartado 538, C.G.P. c. Paises Bajos (decisión) de 15 de enero de 1997, Foucher c. Francia, de 18 de marzo de 1997, apartados 31 a 38.
[1504] STEDH Huseyn y otros c. Azerbaijan, de 26 de julio de 2011, apartado 175.
[1505] Ibid. apartado 188.
[1506] El Tribunal debe examinar si el proceso de toma de decisiones cumplía, en la medida de lo posible, con los requisitos de procedimiento contradictorio y la igualdad de armas procesales, y si incorporaba las garantías adecuadas para proteger los intereses del acusado, SSTEDH Natunen c. Finlandia, de 31 de marzo de 2009, apartados 40-41; Dowsett c. Reino Unido, de 24 de junio de 2003, apartados 42-43; Mirilashvili c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008, apartados 203-209.
[1507] STEDH Öcalan c. Turquía, de 12 de mayo de 2005, apartado 140.
[1508] SSTEDH Rasmussen c. Polonia, de 28 de abril de 2009, apartados48-49, Moiseyev c. Rusia, de 9 de octubre de 2008, apartados 213-218, Matyjek c. Polonia, de 24 de abril de 2007, apartado 59; Seleznev c. Rusia, de 26 de junio de 2008, apartado 64.

defensa y, por lo tanto, una violación del derecho garantizado por el artículo 6.3.d) CEDH[1509].

Como una de las dimensiones del derecho reconocido por el art. 5 apartados 2[1510] y 4[1511] CEDH, señala el TEDH que puede resultar necesario proporcionar acceso al expediente que permita al interesado disfrutar de una efectiva oportunidad de conocer en lo esencial los elementos en que se sustenta su privación de libertad[1512] o el mantenimiento de esta[1513], sin perjuicio de que pueda estar justificada la denegación o limitación de acceso al expediente penal en determinados casos, como cuando la causa incluya determinados documentos, como sucede con los clasificados[1514].

(ii) Entre las facilidades a las que se refiere el art. 6.3.b CEDH se encuentra el derecho a ser asistido por un abogado, en los términos que se especifican en las líneas que siguen y solapándose con el contenido (más amplio) del derecho contenido en el art. 6.3.c CEDH.

(iii) La determinación del plazo adecuado para materializar la preparación de su defensa recogido en el art. 6.3.b CEDH debe determinarse de acuerdo con las circunstancias y la complejidad del caso concreto[1515].

3. Derecho a la autodefensa y a ser defendido por un abogado

(i) Autodefensa

El proceso equitativo/justo requiere que el acusado de un delito pueda acudir a la audiencia pública[1516] y garantizar al acusado el derecho a estar presente en la sala es uno de los elementos esenciales del art. 6 CEDH[1517].
Estrechamente relacionado con este derecho, el artículo 6.3.c) permite al inculpado defenderse en persona. Por tanto, en principio, no es contrario a las exigencias del artículo 6 que el propio acusado se represente a sí mismo voluntariamente, a menos que los intereses de la justicia exijan lo contrario[1518]. Un acusado que opte por defenderse a sí mismo renuncia deliberadamente a su derecho a ser asistido por un abogado y debe mostrar diligencia en la forma en que lleva a cabo su defensa[1519].

[1509] STEDH Natunen c. Finlandia, de 31 de marzo de 2009, apartado 43.
[1510] "*Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella*".
[1511] "*Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal*".
[1512] STEDH Dochnal c. Polonia, de 18 de septiembre de 2012, apartados 87 y 88.
[1513] STEDH Lamy c. Bélgica, de 30 de marzo de 1989, apartado 29.
[1514] STEDH Migoń c. Polonia, de 25 de junio de 2002, apartado 86.
[1515] STEDH Huseyn y otros c. Azerbaijan, de 26 de julio de 2011, apartado 175.
[1516] SSTEDH Colozza c. Italia, de 12 de febrero de 1985, apartados 27 a 29, Tierce y otros c. San Marino, de 25 de julio de 2000, apartado 94.
[1517] STEDH (Gran Sala) Hermi c. Italia, de 18 de octubre de 2006, apartado 58.
[1518] STEDH Galstyan c. Armenia, de 15 de noviembre de 2007, apartado 91.
[1519] STEDH de 22 de junio de 1993, apartado 25.

Este derecho a la autodefensa no está garantizado de manera absoluta. El hecho de permitir al acusado que se defienda a sí mismo o asignarle un abogado depende del margen de apreciación del Estado contratante, el cual se encuentra en mejores condiciones que el Tribunal para elegir el medio adecuado en su sistema judicial para garantizar los derechos de defensa[1520]. Los tribunales nacionales tienen pues derecho a considerar que los intereses de la justicia requieren la designación de oficio de un abogado[1521]. Se trata de una medida de protección del acusado orientada a garantizar la correcta defensa de sus intereses[1522].
Junto con la autodefensa, la persona detenida o acusada debe poder tener acceso a la asistencia legal por él elegida[1523] (sin que el hecho de que pueda autodefenderse excluya la posibilidad de designarlo[1524]), si bien este derecho no es absoluto, pudiendo los Estados establecer limitaciones cuando existan suficientes motivos para y sea necesario en interés de la justicia[1525].

(ii) Defensa legal

La asistencia legal (por él elegida o proporcionada gratuitamente) se debe asegurar a cualquier sospechoso desde el momento en que el mismo es detenido o permanece bajo custodia policial, con independencia de que se desarrollen interrogatorios o no. El procedimiento equitativo/justo requiere que ese asesoramiento legal lo sea en toda su amplitud de rango, incluyendo:
a. En las primeras etapas correspondientes a las investigaciones preliminares, el entrevistarse en privado con el detenido (sin ningún tipo de supervisión judicial o policial[1526], estando protegida por el CEDH la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente[1527]), el control de la legalidad de cualquier medida adoptada en el curso de las investigaciones, la identificación y presentación de cualquier medio de prueba desde los estadios iniciales de la investigación en los que es aún posible trazar nuevos hechos relevantes y cuando los testigos tienen la memoria fresca, la asistencia al acusado en relación a sus posibles reclamaciones en cuanto a la justificación de la detención, la duración y condiciones, y, en general, asistir al acusado que mediante la detención es apartado de su entorno normal[1528]y especialmente asegurar que el derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo es respetado[1529].
b. Durante todo el proceso, la posibilidad de discutir el caso, organizar la defensa, la recogida de pruebas favorables al acusado, la preparación de los interrogatorios,

[1520] Declaración Correia de Matos c. Portugal, de 15 de noviembre de 2001.
[1521] SSTEDH Croissant c. Alemania, de 25 de septiembre de 1992, apartado 27, Lagerblom c. Suecia, de 14 de enero de 2003, apartado 50.
[1522] Declaración Correia de Matos c. Portugal, de 15 de noviembre de 2001.
[1523] STEDH Dvorski c. Croacia, de 20 de octubre de 2015, apartado 77.
[1524] Reporte de la Comisión Pakeli c. Alemania, de 12 de diciembre de 1981, apartados 78 y 79.
[1525] SSTEDH Meftah y otrosc. Francia (Gran Sala), de 26 de julio de 2001, apartado 45, Mayzit c. Rusia, de 20 de enero de 2005, apartado 66, Klimentyev c. Rusia de 16 de noviembre de 2006, apartado 116, Vitan c. Rumanía, de 25 de marzo de 2008, apartado 59.
[1526] STEDH Lanz c. Austria, de 31 de enero de 2002, apartado 52.
[1527] SSTEDH Campbell c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1992. Apartado 46, Trepashkin c. Rusia (No 2), de 16 de diciembre de 2010, apartado 159.
[1528] Reporte de la Comisión Can c. Austria, de 12 de julio de 1984, apartado 55.
[1529] STEDH Saranchov c. Ucrania, de 9 de junio de 2016, apartado 42.

apoyo de los acusados en su angustia o la revisión de las condiciones de la detención, aspectos que el abogado debe estar en disposición de desarrollar de forma libre[1530], incluyendo los informes finales del juicio oral, ocasiones en las que las oralmente pueden presentarse su visión del asunto completo y de todas las pruebas producidas en el juicio y alegar los argumentos legales que consideren[1531], distinto de la última palabra del acusado[1532].

Como todos los del CEDH, el derecho del art. 6.3.c CEDH debe ser práctico y efectivo, y refiere a la asistencia legal, no al nombramiento de abogado, por lo que de existir situaciones que son puestas en conocimiento de las autoridades en las que al nombramiento del abogado no le siga una asistencia efectiva (por muerte del abogado, enfermedad o por impedírsele el desarrollo de sus deberes), éstas deben garantizar su sustitución o que se puedan desarrollar las obligaciones de forma efectiva[1533].Así, cuando por ejemplo sea claro que el abogado del acusado no haya tenido tiempo y las facilidades para la preparación de la defensa, el Tribunal debe adoptar las medidas de naturaleza positiva que correspondan para asegurar que se da al abogado la oportunidad de desarrollar sus obligaciones en las mejores condiciones posibles[1534].

(iii) Asistencia legal gratuita

Partiendo de que el derecho a la asistencia legal gratuita no se ve excluido por la posibilidad de la autodefensa del acusado[1535], este habrá lugar cuando el acusado muestre la falta de medios económicos y siempre que una privación de libertad esté en juego[1536]. De la independencia de la Abogacía respecto al Estado se deduce que la gestión de la defensa es esencialmente una cuestión entre el acusado y su abogado: el Estado contratante sólo debe intervenir si la carencia de un abogado de oficio parece manifiesta o se constata por otros medios[1537].

4. Interrogatorio de los testigos

El art. 6.3.d CEDH reconoce el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra, siendo el término testigos utilizado por el CEDH un concepto autónomo independiente de la calificación que hagan de las personas los ordenamientos nacionales, incluyéndose en el concepto los coacusados[1538], las

[1530] STEDH (Gran Sala) A.T. c. Luxemburgo, de 9 de abril de 2015, apartado 64.
[1531] STEDH Huseyn y otros c. Azerbaijan, de 26 de julio de 2011, apartado 187.
[1532] Ibid. apartado 193.
[1533] STEDH Artico c. Italia, de 13 de mayo de 1980, apartado 33, Kamasinski c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, apartado 65, Luchaninova c. Ucrania, de 9 de junio de 2011, apartado 63.
[1534] STEDH Huseyn y otros c. Azerbaijan, de 26 de julio de 2011, apartados 180 y 184.
[1535] Reporte de la Comisión Pakeli c. Alemania, de 12 de diciembre de 1981, apartados 78 y 79.
[1536] STEDH Benham c. Reino Unido, de 10 de junio de1996, apartado 60.
[1537] SSTEDH Kamasinski c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, apartado 65, Imbrosia c. Suiza, de 24 de noviembre de 1993, apartado 41, Daud c. Portugal, de 21 de abril de 1998, apartado 38.
[1538] STEDH Trofimov c. Rusia, de 4 de diciembre de 2008, apartado 37.

víctimas[1539], los testigos, los expertos[1540] y las pruebas documentales originales o informáticas[1541].

El art. 6.3.d CEDH consagra el principio de que antes de que un acusado pueda ser declarado culpable, los elementos de prueba deben en principio desarrollarse ante el acusado en la audiencia pública, con vistas a un debate contradictorio, de forma que el acusado tenga la oportunidad de desafiar las pruebas que existan en su contra[1542]. Este principio tiene excepciones (admitir resultados de la fase anterior al juicio como pruebas no es, en sí mismo, incompatible con las disposiciones del art 6.3.d CEDH[1543]), pero estas excepciones en cualquier caso no pueden vulnerar los derechos de defensa que requiere no sólo conocer la identidad de los acusadores, de forma que esté en posición de impugnar su honradez y credibilidad sino, además, que se conceda al acusado una ocasión adecuada y propicia para desafiar e interrogar a los testigos en su contra, bien cuando desarrollan las afirmaciones o bien en un estadio posterior del proceso[1544]. Este principio se proyecta sobre dos cuestiones nucleares afectantes al derecho de defensa, (i) la convocatoria, asistencia e inasistencia de testigos y (ii) la valoración de las declaraciones de los testigos.

(i) Convocatoria, asistencia e inasistencia de testigos

El TEDH considera que no es su función adentrarse en las reglas de admisión de pruebas de los Estados, sino valorar el proceso en su conjunto, incluida la forma en la que se desarrolla la prueba[1545], correspondiendo a los órganos judiciales nacionales determinar si es conveniente convocar a los testigos[1546].

Cuando la petición de interrogar a los testigos formulada por el acusado no es abusiva, está suficientemente motivada, es pertinente según el objeto de la acusación y sin duda susceptible de reforzar la posición de la defensa o incluso de llevar a su absolución, las autoridades nacionales sólo pueden rechazarla por motivos razonables[1547]. Así, la falta de justificación del rechazo a interrogar o a convocar a un testigo puede dar lugar a una restricción de los derechos de defensa

[1539] STEDH Vladimir Romanov c. Rusia, de 24 de julio de 2008, apartado 97.
[1540] STEDH Doorson c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1996, apartados 81-82.
[1541] STEDH Mirilashvili c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008, apartados 158-159, Georgios Papageorgiu c. Grecia, de 9 de mayo de 2003, apartado 7.
[1542] SSTEDH Hummer c. Alemania, de 19 de julio de 2012, apartado 38, Lucà c. Italia, de 27 de febrero de 2001, apartado 39, Solakov c. La República Yugoslava de Macedonia, de 31 de octubre de 2001, apartado 57.
[1543] STEDH Solakov c. La República Yugoslava de Macedonia, de 31 de octubre de 2001, apartado 57.
[1544] SSTEDH Hummer c. Alemania, de 19 de julio de 2012, apartado 38, Lucà c. Italia, de 27 de febrero de 2001, apartado 39, Solakov c. La República Yugoslava de Macedonia, de 31 de octubre de 2001, apartado 57.
[1545] SSTEDH A.M. c. Italia, de 14 de diciembre de 1999, apartado 24; Van Mechelen y otros, de 30 de octubre de 1997, apartado 50, Doorson c. Paises Bajos de 26 de marzo de 1996, apartado 67.
[1546] STEDH (Gran Sala) Perna c. Italia, de 6 de mayo de 2003, apartado 29.
[1547] SSTEDH Topic c. Croacia, de 10 de octubre de 2013, apartado 42, Polyakov c. Rusia, de 29 de enero de 2009, apartados 34 y 35.

incompatible con las garantías del proceso equitativo[1548]. Teniendo en cuenta el lugar que ocupa el derecho a una buena administración de la justicia en una sociedad democrática, toda medida que restrinja los derechos de defensa debe ser absolutamente necesaria. Siempre que exista una medida menos restrictiva que pueda utilizarse, será ésta la que deba aplicarse[1549].

Desde lo anterior, deben existir importantes razones para la inasistencia de testigos propuestos y estas justificado por un motivo serio[1550]. Por lo tanto, si un testigo no se presenta a declarar en persona, la autoridad judicial tiene la obligación de investigar si existe alguna razón para justificar su ausencia[1551], debiendo adoptar los Estados acciones positivas para permitir al acusado interrogar a los testigos, lo que forma parte de la diligencia que los Estados deben desarrollara para que los derechos garantizados por el art. 6 CEDH sean disfrutados de forma efectiva[1552].

Impossibilium nulla est obligatio, por lo que siempre que no pueda acusarse a las autoridades de la falta de diligencia en sus esfuerzos para dar al acusado la posibilidad de interrogar a los testigos en cuestión, la indisponibilidad de éstos no conlleva por sí misma el abandono de las actuaciones[1553]

(ii) Valoración de declaraciones de testigos

El TEDH considera que no es su función adentrarse en las reglas de admisión de pruebas de los Estados, sino valorar el proceso en su conjunto, incluida la forma en la que se desarrolla la prueba[1554], lo que resuelve ante situaciones específicas.

a. Declaraciones anteriores al juicio oral

En determinadas circunstancias, puede ser necesario recurrir a la lectura o reproducción de las declaraciones obtenidas en la fase de instrucción preliminar[1555], por ejemplo, cuando un testigo ha muerto[1556], cuando se niega a

[1548] SSTEDH Popov c. Rusia, de 13 de julio de 2006, apartado 188, Bocos-Cuesta c. Países Bajos, de 10 de noviembre de 2005, apartado 72, Wierzbicki c. Polonia, de 18 de junio de 2002, apartado 45, Vidal c. Bélgica, de 22 de abril de 1992, apartado 34.
[1549] STEDH Van Mechelen y otros c. Paises Bajos, de 23 de abril de 1997, apartado 58.
[1550] STEDH (Gran Sala) Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011, apartado 119
[1551] SSTEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2011, apartado 120, Gabrielyan c. Armenia, de 10 de abril de 2012, apartados 78, 81 al 84.
[1552] STEDH Gabrielyan c. Armenia, de 10 de abril de 2012, apartado 81.
[1553] STEDH Gossa c. Polonia, de 9 de enero de 2007, apartado 55, Haas c. Alemania (decisión), de 17 de noviembre de 2005; Calabrò c. Italia y Alemania (decisión), de 21 de marzo de 2002, Ubach Mortes c. Andorra (declaración), de 4 de mayo de 2000.
[1554] SSTEDH A.M. c. Italia, de 14 de didiembre de 1999, apartado 24; Van Mechelen y otros, de 30 de octubre de 1997, apartado 50, Doorson c. Paises Bajos de 26 de marzo de 1996, apartado 67.
[1555] STEDH Lucà c. Italia, de 27 de febrero de 2001, apartado 40.
[1556] SSTEDH (Mika c. Suecia (dec.), párrafo 37; Ferrantelli y Santangelo c. Italia, párrafo 52)

reiterarlas por miedo –genérico[1557] o infringido por el acusado o su entorno[1558]-, cuando ha ejercido su derecho a permanecer en silencio[1559], cuando suponga esfuerzos y sufrimientos extraordinarios –abusos sexuales[1560]-, o cuando las autoridades han hecho, en vano, un esfuerzo razonable para garantizar la presencia de un testigo[1561], pero siempre ha de tratarse del último recurso al que recurrir y sólo cuando otros -como por ejemplo el anonimato del testigo- sean inapropiados o impracticables[1562].

b. Testigos de referencia

"Hearsay evidence/"preuve par ouï-dire", de acuerdo con los principios del "common-law", es cualquier manifestación sobre los hechos distinta de la vertida por un testigo directo (que posee de su propio conocimiento) en el desarrollo del juicio oral (testigo de referencia), y que en principio es inadmisible en procesos penales salvo que existan disposiciones legales que lo permitan[1563]. Es el caso de las manifestaciones prestadas en etapas anteriores al juicio oral vistas en las líneas precedentes, pero también el de manifestaciones de una persona que reproduzca lo que dijo otra, que ubica en una situación análoga al de las pruebas no practicadas en presencia del acusado, con sus consecuentes efectos sobre el derecho de defensa. Estas pruebas deberán estar soportadas en pruebas objetivas[1564].

c. La prueba exclusiva o determinante

Cuando la condena está basada exclusivamente o un grado decisivo[1565] en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha tenido oportunidad de interrogar ni en la fase de investigación ni en el juicio, el derecho de defensa se ve restringido a extremos incompatibles con las garantías del art. 6 CEDH[1566]. Si el acusado ha tenido una ocasión adecuada y suficiente de

[1557] STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2011, apartado 122 y 124.
[1558] STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2011, apartado 122 y 123; Lucà c. Italia, de 27 de febrero de 2001, apartado 40.
[1559] SSTEDH Vidgen c. Países Bajos, párrafo 47; Sofri y otros c. Italia (dec.); Craxi c. Italia (no 1), párrafo 86)
[1560] SSTEDH Aigner c. Austria, de 1º de mayo de 2012, apartado 37, D. c. Finlandia, de 7 de julio de 2009, apartado 43 F. y M. c. Finlandia, de 17 de julio de 2007, apartado 58.
[1561] STEDH Mirilashvili c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008, apartado 217.
[1562] STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2011, apartado 125.
[1563] STEDH (Gran Sala) Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011, apartado 40.
[1564] STEDH (Gran Sala) Labita c. Italia, de 4 de abril de 2000, apartado 158.
[1565] STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2011, apartado 131.
[1566] SSTEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2011, apartado 128, Unterpertinger c. Austria, de 24 de noviembre de 1986 apartados 31 a 33, Saïdi c. Francia, de 20 de septiembre de 1993, apartados 43 y 44, et Van Mechelen y otros, de 24 de abril de 1997, apartado 55.

contradecir las declaraciones (o la "hearsey evidence/"preuve par ouï-dire"[1567]), cuando fueron realizadas o en un momento posterior, la admisión de las mismas no infringe, por sí misma, el art. 6.3.d CEDH[1568], sin que sea relevante que las manifestaciones procedan de un coacusado o un testigo, debiendo estarse al concepto autónomo de testigo del TEDH[1569].

d. Testigos anónimos

Los testigos anónimos son aquellos sobre los que se priva al acusado el conocimiento de su identidad, de forma que se limita la capacidad de impugnar su honradez o credibilidad, lo que debe constituir una excepción procesal debiendo las autoridades nacionales deben dar motivos pertinentes y suficientes para mantener el anonimato de ciertos testigos[1570], siendo esencial en estos casos que las autoridades judiciales compensen a las defensas en el proceso de las dificultades que puedan surgir derivadas del mantenimiento del anonimato del testigo (en particular no debe impedirse al demandante cuestionar la fiabilidad del testigo anónimo[1571]), debiendo valorarse que peso y el carácter decisivo o no pueda tener la declaración del testigo anónimo en relación a la condena del acusado[1572].

e. Beneficios a testigos

El uso de las declaraciones de los testigos a cambio de la inmunidad o de otras ventajas es una herramienta importante en la lucha que las autoridades nacionales deben llevar a cabo contra la delincuencia grave. Sin embargo, el uso de esta herramienta puede comprometer la equidad del procedimiento contra el acusado y plantear cuestiones delicadas, ya que, por su propia naturaleza, las declaraciones en cuestión se prestan a la manipulación y se pueden hacer únicamente con el fin de obtener los beneficios que se ofrecen a cambio o como venganza personal. La naturaleza a veces ambigua de dichas declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y juzgada sobre la base de acusaciones no verificadas, que no son necesariamente desinteresadas, no deben, por tanto, subestimarse. En cualquier caso, el uso de tales declaraciones no es suficiente en sí mismo para hacer que el proceso no sea equitativo[1573].

[1567] STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2011, apartado 147.
[1568] STEDH Lucà c. Italia, de 27 de febrero de 2001, apartado 40.
[1569] Ibid. apartado 41.
[1570] SSTEDH Doorson c. Paises Bajos, de 26 de marzo de 1996, apartado 71, Visser c. Paises bajos, de 14 de febrero de 2002, apartado 47.
[1571] SSTEDH Birutis y otros c. Lituania, de 28 de marzo de 2002, apartado 29, Van Mechelen y otros c. Países Bajos, de 23 de abril de 1997, apartados 59 y 62; Kostovski c. Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989, apartado 42.
[1572] Decisión Hass c. Alemania, de 17 de noviembre de 2005.
[1573] Decisión Cornelis c. Paises Bajos, de 25 de mayo de 2004.

5. Interpretación

El derecho a la asistencia gratuita de un intérprete se aplica cuando el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en la audiencia[1574]. Cuando el acusado esté representado por un abogado, no es suficiente en principio que este último, y no su cliente, conozca el idioma empleado en la audiencia. La interpretación lingüística en un proceso se aplica partiendo de que el derecho a un proceso equitativo, que incluye el derecho a participar en la audiencia, requiere que el acusado pueda comprender los debates e informar a su abogado de cualquier elemento que deba emplear en su defensa[1575]. Un acusado que comprenda el idioma no puede solicitar los servicios de un intérprete para ejercer su defensa en otro idioma, ya sea éste el de la minoría étnica a la que pertenece[1576]. Dada la necesidad de que el derecho garantizado por el artículo 6.3.e) sea práctico y efectivo, la obligación de las autoridades competentes no se limita a designar a un intérprete: les incumbe además, una vez que conocen las circunstancias específicas del caso, ejercer cierto control ulterior del valor de la interpretación proporcionada[1577].

- CDFUE – TJUE: arts. 47.3 y 48.2 CDFUE y derecho derivado

El art. 48.2 CDFUE recoge el derecho de defensa[1578], señalando el TJUE que este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el derecho reconocido por los arts. 6.2 y 6.3 CEDH, que garantiza el derecho del acusado a defenderse frente a acusaciones en materia penal[1579]. Y el art. 47.3 CDFUE recoge el derecho de asistencia jurídica gratuita[1580].

Señalan las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales[1581] que:

- El artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH, y tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH.
- El art. 47.3 CDFUE, interesa hacer notar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, debe concederse asistencia jurídica cuando su ausencia pudiera hacer ineficaz la garantía de un recurso efectivo. Un sistema de asistencia jurídica también existe ante el TJUE.

[1574] Decisión K. c. Francia, de 7 de diciembre de 1983.
[1575] SSTEDH Kamasinski c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, apartado 74, Cuscani c. Reino Unido, de 24 de septiembre de 2002, apartado 38.
[1576] Decisión K. c. Francia, de 7 de diciembre de 1983, STEDH Lagerblom c. Suecia, de 14 de enero de 2003, apartado 62.
[1577] SSTEDH Kamasinski c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, apartado 74, Hermi c. Italia (Gran Sala), de 18 de octubre de 2006, apartado 70, Protopapa c. Turquía, de 24 de febrero de 2009, apartado 80.
[1578] "*Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.*"
[1579] STGUE Etnia Dreams, S.L, T-823/17, de 13 de febrero de 2013, apartado 113, que también señala que "conforme al artículo 52, apartado 3, de la Carta, en la medida en que esta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el citado Convenio, su sentido y alcance serán iguales a los que este último les confiere".
[1580] "*Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*".
[1581] DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303/17, pag. 17.

Estos derechos son complementado por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, la Directiva 2012/13/UE[1582] relativa al derecho a la información en los procesos penales y la Directiva 2010/64/UE[1583] relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

Todo el procedimiento penal que se encuentra abarcado de principio a fin (como mínimo) por los derechos de defensa, de información y justicia gratuita, procesos llamados a generar resoluciones a ser reconocidas por otros Estados de la Unión en el marco del principio del reconocimiento mutuo de sentencias y otras resoluciones de autoridades judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en materia penal en la Unión. Por lo anterior, cualquier afectación de estas materias y derechos constituye campo del derecho de la Unión, en los términos del art. 51.1 CDFUE.

1. Información sobre la naturaleza y la causa de la acusación

Este derecho es objeto de la Directiva 2012/13[1584] relativa al derecho a la información en los procesos penales, debe aplicarse a las personas sospechosas y acusadas, independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad[1585], desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal (a más tardar, antes del primer interrogatorio oficial de la persona sospechosa o acusada por parte de la policía o de otra autoridad competente[1586]), hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si la persona sospechosa o acusada ha cometido o no la infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso[1587].

El derecho de información sobre derechos abarca (en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas

[1582] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012.
[1583] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010.
[1584] Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012.
[1585] Ibid. considerando 16.
[1586] Ibid. considerandos 19 y 28.
[1587] Ibid. Art. 2.1.

sospechosas o acusadas que sean vulnerables[1588]) como mínimo[1589] la comunicación:

- Del derecho a tener acceso a un abogado (ver líneas que siguen, sobre la asistencia del abogado).
- Del eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla (ver líneas que siguen sobre asistencia legal gratuita);
- Del derecho a ser informado de la acusación, lo que abarca[1590] la información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido. Esta información:
    - Se facilitará con prontitud[1591], a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal[1592]
    - Incluidas la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación de la persona acusada[1593]. Debe facilitarse una descripción de los hechos constitutivos de infracción penal incluyendo, si se conocen, el lugar y la hora así como la posible tipificación jurídica, de forma suficientemente detallada, teniendo en cuenta la fase del proceso penal en la que se facilite esa descripción, a fin de salvaguardar la equidad del procedimiento y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa[1594].
    - Con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa[1595].
    - Incluye la comunicación con prontitud de cualquier cambio que se produzca en la información facilitada en el pasado sobre estos puntos[1596].
- El derecho a interpretación y traducción;
- El derecho a permanecer en silencio;

En el caso de la persona detenida, además de una declaración escrita de los anteriores derechos se le informará[1597] por escrito en lengua que comprenda[1598] sobre los siguientes derechos complementarios[1599]:

- Del derecho de acceso a los materiales del expediente, lo que abarca[1600] en el caso de la persona detenida, el acceso gratuito[1601] a:

[1588] Ibid. Art. 3.2.
[1589] Ibid. Art. 3.1.
[1590] Ibid. Art. 6.
[1591] Ibid. Art. 6.1.
[1592] Ibid. Art. 6.3.
[1593] Ibid. Art. 6.3.
[1594] Ibid. considerando 28.
[1595] Ibid. Art. 6.1.
[1596] Ibid. Art. 6.4.
[1597] Ibid. Anexo I.
[1598] Ibid. Art. 4.5.
[1599] Ibid. Art. 4.2.
[1600] Ibid. Art. 7.
[1601] Ibid. Art. 7.5.

- Aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad[1602]. Abarca los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, que resulten fundamentales para impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional, y deben ponerse a disposición de esta o de su abogado a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad de conformidad con el artículo 5.4 CEDH, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad[1603].
- El acceso se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas[1604].
- Podrá denegarse por una autoridad judicial el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal[1605]. Las limitaciones a dicho acceso deben interpretarse de forma estricta y conforme al principio del derecho a un juicio equitativo, con arreglo al CEDH y a la interpretación de la jurisprudencia del TEDH[1606].

- Del derecho a informar a las autoridades consulares[1607] y a una persona[1608];
- Del derecho de acceso a atención médica urgente, y
- Del máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial.

Además, a la persona detenida se le proporcionará:

[1602] Ibid. Art. 7.1..
[1603] Ibid. considerando 30.
[1604] Ibid. Art. 7.3.
[1605] Ibid. Art. 7.
[1606] Ibid. considerando 32.
[1607] Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 , sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, Art. 7.
[1608] Ibid. Art. 5.

- Información de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa[1609].
- Información básica sobre las posibilidades, con arreglo a la legislación nacional, de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma, o solicitud de la libertad provisional[1610].
- La posibilidad de comunicarse con un tercero de su elección, por ejemplo un familiar[1611], pudiendo limitarse o aplazar el ejercicio de este derecho por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado[1612].
- La posibilidad de comunicarse con las autoridades consulares del Estado del que sea nacional[1613].

La Directiva 2012/13 no regula la forma en que ha de llevarse a cabo la comunicación a la persona acusada de la información relativa a la acusación contemplada en su artículo 6. No obstante, dicha forma no puede menoscabar el objetivo al que se hace referencia, en particular, en ese artículo 6, que consiste, según se desprende igualmente del considerando 27 de dicha Directiva, en permitir a los sospechosos o acusados de haber cometido una infracción penal preparar su defensa y salvaguardar la equidad del proceso[1614].

2. Preparación de la defensa

(i) Acceso a la causa

a. Con ocasión de la detención

Acudir a lo señalado anteriormente sobre el derecho de acceso a los materiales del expediente.

b. Con ocasión del proceso penal

Los Estados miembros deben garantizar que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa[1615], lo que debe incluir el acceso a materiales como, por ejemplo, documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo. Las autoridades competentes pueden recoger dichos materiales en un archivo de expedientes o conservarlos de cualquier modo adecuado de conformidad con la legislación nacional[1616], todo ello sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones nacionales relativas a la protección de los datos personales y el paradero de testigos protegidos[1617].

[1609] Directiva 2012/13, Art. 6.2.
[1610] Ibid. Art. 4.3.
[1611] Directiva 2013/48, Art. 6.1.
[1612] Ibid. Art. 6.2.
[1613] Ibid. Art. 7.2.
[1614] STJUE Covaci, C-216/14, de 15 de octubre de 2015, apartados 62 y 63.
[1615] Directiva 2012/13, Art. 7.
[1616] Ibid. considerando 31.
[1617] Ibid. considerando 33.

(ii) Asistencia de abogado

La imparcialidad del proceso exige que el sospechoso o acusado pueda obtener toda la gama de servicios que se asocian específicamente con la asistencia letrada (se entiende por «letrado» cualquier persona que, con arreglo al Derecho nacional, esté cualificada y facultada, también mediante su acreditación por parte de un órgano autorizado, para prestar asesoramiento y asistencia jurídicos a sospechosos o acusados[1618]). En tal sentido, el letrado del sospechoso o acusado debe poder ejercer sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa[1619].

La confidencialidad de las comunicaciones entre un sospechoso o acusado y su letrado es indispensable para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa, y constituye una parte esencial del derecho a un juicio justo. Por consiguiente, los Estados miembros deben respetar, sin excepción alguna, la confidencialidad de las reuniones y otras formas de comunicación entre el letrado y el sospechoso o acusado en el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado[1620]. Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional[1621]. La obligación de respeto de la confidencialidad implica no solo que los Estados miembros deben abstenerse de obstaculizar dichas comunicaciones o de acceder a ellas, sino también que, en caso de que el sospechoso o acusado esté privado de libertad o se encuentre sujeto al control del Estado de otra forma, los Estados miembros deben velar por que las disposiciones en materia de comunicación sustenten y protejan la confidencialidad. Ello se entiende sin perjuicio:

- De los mecanismos existentes en las instalaciones de detención para impedir que el detenido reciba envíos ilícitos, como puede ser el cribado de la correspondencia, siempre que tales mecanismos no permitan a las autoridades competentes leer las comunicaciones entre el sospechoso o acusado y su letrado[1622].
- De los procedimientos de la normativa nacional en virtud de los cuales pueda denegarse la transmisión de la correspondencia si el remitente no admite que dicha correspondencia se presente previamente ante un órgano jurisdiccional competente[1623].
- De un posible menoscabo incidental del derecho de confidencialidad que resulte de una operación legal de vigilancia por parte de las autoridades competentes[1624].

[1618] Directiva 2013/48, considerando 15.
[1619] Ibid. considerando 12.
[1620] Ibid. considerando 33.
[1621] Ibid. Art. 4.
[1622] Ibid. Considerando 33.
[1623] Ibid. Considerando 33.
[1624] Ibid. Considerando 34.

- De la labor llevada a cabo, por ejemplo, por los servicios nacionales de inteligencia, a fin de garantizar la seguridad nacional, el orden público y la salvaguardia de la seguridad interior[1625].

El derecho a la asistencia letrada se aplica a los sospechosos o acusados en procesos penales desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan puesto en su conocimiento, mediante notificación oficial u otro medio, que son sospechosos o que se les acusa de haber cometido una infracción penal, y con independencia de si están privados de libertad[1626], y en cualquier caso a partir del momento que antes se produzca de los siguientes[1627]:

- Antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;
- En el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas (ruedas de reconocimiento, careos, reconstrucción de hechos);
- Sin demora injustificada tras la privación de libertad;
- Con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.

Y se aplica hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso[1628]. Se aplica asimismo, en idénticas condiciones, a las personas que no sean sospechosas ni acusadas y que pasen a serlo en el curso de un interrogatorio por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad[1629].

El derecho a la asistencia de letrado abarca, como mínimo[1630]:

- El derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;
- El derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate. Cuando un abogado intervenga durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional;
- El derecho a que su letrado esté presente al menos en ruedas de reconocimiento, careos, reconstrucciones de los hechos, si dichas actuaciones

[1625] Ibid. Considerando 34.
[1626] Ibid. Art. 2.1.
[1627] Ibid. Art. 3.2.
[1628] Ibid. Art. 2.1.
[1629] Ibid. Art. 2.3.
[1630] Ibid. Art. 3.3.

están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto.

En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente estos derechos en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes[1631]:

- Una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona;
- Una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

(iii) Plazo adecuado para preparar la defensa

Sea cual sea el momento en que se facilite la información detallada sobre la acusación, es preciso otorgar a la persona acusada y a su abogado, con arreglo a los principios de contradicción y de igualdad de armas, un plazo suficiente para tomar conocimiento de esa información y ofrecerles la oportunidad de preparar eficazmente la defensa, de presentar sus eventuales observaciones y, en su caso, de solicitar la práctica de las diligencias, en particular de prueba, que tengan derecho a solicitar en virtud del Derecho nacional. Este requisito impone que, eventualmente, se suspendan las actuaciones y se pospongan a una fecha posterior[1632].

El requisito de que la persona acusada, o su abogado, pueda participar provechosamente en el juicio oral con arreglo a los principios de contradicción y de igualdad de armas, de modo que defienda eficazmente su posición, no excluye que la información relativa a la acusación transmitida a la defensa pueda ser modificada con posterioridad, en particular en cuanto atañe a la calificación jurídica de los hechos imputados, ni que puedan aportarse nuevas pruebas a los autos durante los debates. No obstante, tales modificaciones y tales pruebas deben comunicarse a la persona acusada o a su abogado en un momento en el que estos dispongan aún de la oportunidad de reaccionar eficazmente, antes de la fase de deliberación. De hecho, esta posibilidad se contempla en el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2012/13, que establece que deberá informarse con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con dicho artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del proceso. […] En el supuesto de modificación de la calificación jurídica de los hechos que son objeto de la acusación, la persona acusada sea informada en un momento en el que disponga aún de la oportunidad de reaccionar eficazmente, antes de la fase de deliberación, con el fin de poder preparar adecuadamente su defensa[1633].

[1631] Ibid. Art. 3.6.
[1632] STJUE Kolev y otros, C-612/15, de 5 de junio de 2018, apartado 96.
[1633] STJUE Gianluca Moro, C-646/17, de 13 de junio de 2019, apartado 70.

3. Derecho a la autodefensa y a ser defendido por un abogado

(i) Autodefensa

Se reconoce el derecho a la renuncia al derecho de asistencia letrada, sin perjuicio de si la normativa nacional exige la presencia o la asistencia obligatoria de un letrado, reconociéndose a su vez la revocación de la renuncia en cualquier momento[1634].

(ii) Defensa legal

Ver en líneas precedentes el derecho de defensa.

(iii) Asistencia legal gratuita

La asistencia jurídica gratuita es la financiación por un Estado miembro de la asistencia de un letrado (de una calidad adecuada para garantizar la equidad de los procesos, con el debido respeto a la independencia de la profesión jurídica[1635]), que permita el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado[1636] de los sospechosos o acusados en los procesos penales que tengan derecho a la asistencia de letrado con arreglo a la Directiva 2013/48/UE y que (i) estén privados de libertad, (ii) deban ser asistidos por un letrado de conformidad con el Derecho nacional o de la Unión, o (iii) deban o puedan asistir a un acto de investigación o de obtención de pruebas (incluidos, como mínimo ruedas de reconocimiento, careos, reconstrucciones de los hechos[1637]).

4. Interrogatorio de los testigos[1638]

(i) Declaración de la víctima

Según el artículo 20, letra b) de la Directiva 2012/29, sin perjuicio de los derechos de la defensa y de conformidad con las normas relativas a la facultad de apreciación de los tribunales, los Estados miembros velarán por que durante las investigaciones penales, el número de declaraciones de las víctimas sea el menor posible y solo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las «investigaciones penales», lo que no significa que esté exigiendo que la víctima de un delito declare una sola vez ante el órgano jurisdiccional[1639], como tampoco se desprende del tenor del art. 18 de la Directiva que el legislador de la Unión haya establecido, entre las medidas destinadas a proteger a la víctima de una infracción penal, el límite de una sola toma de declaración a esta durante el

[1634] Directiva 2013/48, Art. 10.
[1635] Directiva 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, Art. 7.1.
[1636] Ibid. Art. 3.
[1637] Ibid. Art. 2.
[1638] Desde el concepto del CEDH, TEDH, que abarca testigos, peritos, documentos y cualquier otro medio de prueba.
[1639] STJUE Massimo Gambino, C-38/18, de 29 de julio de 2019, apartado 36.

procedimiento judicial[1640]. Los principios de un proceso justo imponen igualmente que, en los casos en que así lo demanden, los intereses de la defensa sean sopesados con los de los testigos y de las víctimas llamadas a declarar[1641]. El derecho reconocido a la víctima en el artículo 16 de la Directiva no puede afectar al disfrute efectivo de los derechos procesales reconocidos al acusado entre los que se encuentran el principio de inmediación, cuando se ha producido un cambio en la composición del órgano jurisdiccional y este hecho no es imputable al acusado[1642]. Así, se deduce de la jurisprudencia del TEDH que, para determinar si es posible utilizar como medios de prueba las actas de las declaraciones de la víctima, los Estados miembros deben comprobar en particular, si el interrogatorio de la víctima puede revestir un carácter determinante a efectos del enjuiciamiento del acusado y asegurarse, mediante garantías procesales sólidas, de que la prueba que vaya a practicarse en el proceso penal no menoscabe el carácter equitativo del proceso, en el sentido del art. 47.2 CDFUE, ni los derechos de la defensa, en el sentido de su art. 48.2 CDFUE[1643]. Por ello, los arts. 16 y 18 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando la víctima de un delito ya ha prestado declaración ante el órgano jurisdiccional penal de primera instancia y la composición de este órgano se ve ulteriormente modificada, dicha víctima debe, en principio, volver a prestar declaración ante dicho órgano jurisdiccional, si una de las partes procesales se opone a que este, en su nueva composición, se base en la primera toma de declaración a la víctima[1644].

(ii) Reproducción de declaraciones de testigos en fases previas

Quienes tienen la responsabilidad de decidir acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado deben asistir, en principio, personalmente a las declaraciones de los testigos y apreciar su credibilidad. La apreciación de la credibilidad de las declaraciones de un testigo es una tarea compleja, que, en principio, no puede realizarse mediante la mera lectura del contenido de las declaraciones de aquel, tal como se recogen en las actas de las declaraciones[1645]. Así, uno de los elementos más importantes de un proceso penal justo es la posibilidad de que pueda confrontarse al acusado con el testigo en presencia de un juez que, en último término, se pronuncia sobre la cuestión. Este principio de inmediación constituye una garantía importante del proceso penal, puesto que las observaciones del juez sobre el comportamiento y la credibilidad de un testigo pueden tener consecuencias decisivas para el acusado. Por consiguiente el cambio en la composición de un tribunal tras el examen de un testigo decisivo implica que este sea examinado nuevamente[1646]

[1640] Ibid. apartado 36.
[1641] Ibid. apartado 41.
[1642] Ibid. apartado 51.
[1643] Ibid. apartado 55.
[1644] Ibid. apartado 59.
[1645] Ibid. apartado 42.
[1646] Ibid. apartado 43.

El art. 8.1, de la Directiva (UE) 2016/343 se opone a la aplicación de una normativa nacional que permite a un órgano jurisdiccional nacional, cuando no sea posible interrogar a un testigo de cargo en la fase judicial de un proceso penal, basar su decisión sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado en la declaración de ese testigo obtenida en una vista celebrada ante un juez en la fase de instrucción de dicho proceso, pero sin la participación del acusado o de su abogado, salvo que exista un motivo serio que justifique la incomparecencia del testigo en la fase judicial de proceso penal, la declaración de ese testigo no constituya el fundamento único o decisivo de la condena del acusado y existan elementos compensatorios que permitan contrarrestar las dificultades ocasionadas a dicho acusado y a su abogado por el hecho de que se haya tenido en cuenta la referida declaración[1647].

5. Interpretación

La Directiva 2010/64 de 20 de octubre de 2010 tiene por objetivo garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo[1648], que permita a los sospechosos o acusados que no hablen o no entiendan la lengua del proceso penal el pleno ejercicio del derecho a la defensa y que salvaguarde la equidad del proceso[1649]. Para ello establece normas mínimas, teniendo los Estados Miembros la posibilidad de ampliar los derechos establecidos en ella para proporcionar un mayor nivel de protección, nivel que nunca deberá ser inferior a las normas previstas en el CEDH o la CDFUE, tal como se interpretan en la jurisprudencia del TEDH o el TJUE[1650].

Los derechos recogidos en la Directiva se aplicarán a cualquier persona a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento, mediante notificación oficial o de otro modo, que es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del proceso, entendido como la resolución definitiva de la cuestión de si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluida, en su caso, la sentencia y la resolución de cualquier recurso que se haya presentado[1651]

El derecho a la interpretación consiste en que los Estados miembros velarán (pagándolo[1652]) porque todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de un servicio de interpretación (que incluye la asistencia a personas con limitaciones auditivas o de expresión oral[1653] y que deberá tener la calidad suficiente para garantizar que el acusado o sospechoso tenga conocimiento de los cargos y esté en condiciones de ejercer el

[1647] STEDH HYA, IP, DD, ZI, SS, C-348/21, de 8 de diciembre de 2022, apartado 62.
[1648] Directiva 2010/64, del Parlamento y del Consejo, de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, considerando 14.
[1649] Ibid. considerando 17.
[1650] Ibid. considerando 32.
[1651] Ibid. Art. 1.2.
[1652] Ibid. Art. 4.
[1653] Ibid. Art. 2.3.

derecho a la defensa, pudiendo reclamarse la misma[1654]) en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido:

(i) Durante el interrogatorio policial[1655],
(ii) En todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias[1656].
(iii) En la comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales[1657].

El derecho a la traducción consiste en que los Estados miembros velarán (pagándolo[1658]) por que todos los documentos que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso (entre los documentos esenciales se encuentra cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia[1659], pudiendo el sospechoso, acusado o su abogado solicitar la traducción de documentos complementarios[1660]) estén traducidos (con la calidad suficiente para garantizar que el acusado o sospechoso tenga conocimiento de los cargos y esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa, pudiendo reclamarse la misma[1661]) de forma escrita (como excepción a las normas generales establecidas podrá facilitarse en lugar de una traducción escrita, una traducción o un resumen oral de los documentos esenciales siempre y cuando dicha traducción oral o resumen oral no afecte a la equidad del proceso[1662].

- CE – TC: art. 24.2 CE

Es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya un hecho punible en cualquier actuación sumarial. Pero también es preciso advertir que el órgano instructor no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente sospeche, ni podrá prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo. El Instructor deberá evitar que alguien a su entender sospechoso declare en situación desventajosa; por el contrario, deberá considerarlo imputado con advertencia expresa de la imputación para permitir su autodefensa y deberá proveer a la asistencia técnica de Letrado, tan pronto como se otorgue credibilidad a la imputación de un hecho punible a persona cierta,

[1654] Ibid. Arts. 2.8, 2.5 y 5.
[1655] Ibid. Art. 2.1.
[1656] Ibid. Art. 2.1.
[1657] Ibid. Art. 2.2.
[1658] Ibid. Art. 4.
[1659] Ibid. Art. 3.2.
[1660] Ibid. Art. 3.3.
[1661] Ibid. Arts. 2.9, 2.5 y 5.
[1662] Ibid. Art. 3.7.

evitando así, con una recta interpretación del art. 24.2 de la Constitución ("... todos tienen derecho... a la defensa y a la asistencia de Letrado...") integrado en el art. 118 LECrim, situaciones lesivas del derecho fundamental citado y, de modo especial, autoincriminaciones del declarante que verosímilmente no se habrían producido si este hubiera estado oportunamente advertido de una imputación de la que, una vez conocida, podría autodefenderse de modo expreso o guardando silencio, o beneficiándose del consejo técnico de su Abogado[1663].

El TC ha distinguido una doble proyección constitucional del derecho de asistencia letrada, según se ejercite durante la detención preventiva (art. 17.3 CE) o en un momento posterior, una vez el sospechoso del delito o acusado se encuentre ya a disposición judicial (art. 24.2 CE):

(i) De una parte, en cuanto al contenido del derecho de asistencia letrada al detenido, tiene como función la de "asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma"[1664].

(ii) De otra, en relación con el derecho de defensa en los procesos penales, el vigente artículo 118.1 LECr establece que cualquier persona a quien se atribuya un hecho punible puede ejercitarlo interviniendo en las actuaciones con asistencia letrada "desde que haya sido objeto de detención". El apartado segundo del citado precepto concreta que tal derecho "puede ejercerse sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena", e incluye entre sus contenidos la asistencia letrada de un abogado.

1. Información sobre la naturaleza y la causa de la acusación

El derecho fundamental a ser informado radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que si bien pudo existir en otras fases de la historia, se compadece muy mal con la dignidad del hombre y por ello con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas. En su forma más aguda y radical, trata de impedir la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa. Es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa[1665].

[1663] STC 135/1989, de 19 de julio.
[1664] Por todas, SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2, y 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4.
[1665] STC 141/1986, de 12 de noviembre.

(i) Con ocasión de la detención y/o la solicitud de prisión provisional.

En los términos de la STC (Pleno) 21/2018, de 5 de marzo, con la finalidad de hacer posible el cuestionamiento de los motivos de la detención, el artículo 17.3 CE reconoce expresamente a toda persona detenida el derecho a ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible no sólo de los derechos que le asisten, sino también de las razones de su detención. El mismo contenido de protección aparece reconocido en el artículo 5.2 CEDH, a cuyo tenor, toda persona detenida debe saber por qué fue privada de libertad, lo que impone a los agentes del poder público la obligación de informarle, en el plazo más breve posible, en un lenguaje sencillo y que le sea accesible, de los motivos jurídicos y fácticos de la privación de libertad. A su vez, el artículo 5.4 CEDH establece la posibilidad de discutir su legalidad ante un órgano judicial con objeto de que se pronuncie sobre la misma en un breve plazo de tiempo, poniendo fin a las detenciones que sean ilegales. Ambas previsiones se encuentran estrechamente relacionadas (STEDH de 5 de noviembre de 1981, caso X. c. Reino Unido, párrafo 66). La importancia de dichas garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito ha justificado que, con el objetivo de mantener y desarrollar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, también la Unión Europea, a través de las Directivas 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, haya dictado normas precisas, mínimas y comunes sobre las mismas que se dirigen a facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en materia penal. Específicamente, el artículo 6.2 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, con apoyo en los artículos 6 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa”. La concreción legal de dichas garantías se recoge de forma detallada en la nueva redacción de la Ley de enjuiciamiento criminal, operada por las LLOO 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, mediante las que se han transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico las citadas Directivas. Con carácter general, la nueva regulación legal reconoce a toda persona a quien se atribuya un hecho punible el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan (art. 118.1 a]) y también el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, momento que debe ser en todo caso anterior a que se le tome declaración (art. 118.1 b]). El artículo 302 LECrim establece las limitaciones a este derecho de acceso al expediente que, de forma temporal, declarando total o parcialmente secretas las actuaciones del procedimiento, puede establecer el Juez de Instrucción para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona. Mayores son las exigencias de información que se reconocen legalmente cuando, como consecuencia de la investigación de un delito, se acuerda la privación cautelar de libertad de un sospechoso de haber

participado en él. En tal caso, estos derechos del detenido se especifican detalladamente en el artículo 520.2 LECrim que, en su nueva redacción, vigente ya en el momento de la detención del demandante, dispone que "toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten". De entre estos últimos, a efectos de la resolución de este proceso de amparo, debemos destacar dos: el derecho "a ser informado del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención", y el derecho "de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención", facultad ésta última que, como veremos más adelante, actúa como garantía instrumental tanto del derecho a la información como de la efectividad de la asistencia letrada obligatoria con que todo detenido ha de contar.

En relación con el derecho a la información sobre los hechos y las razones que han motivado la detención, desarrollado por el artículo 520.2 LECrim, varios aspectos deben ser destacados[1666]:

> a. En cuanto a la forma en que la información ha de ser suministrada, destaca la exigencia de que la misma sea proporcionada al detenido por escrito. Esta es una de las importantes novedades de la regulación legal: la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual "información de derechos". Ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información. Se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia.
> b. En cuanto al momento en el que la información ha de ser facilitada, la ley reitera la exigencia constitucional: ha de serlo "de forma inmediata" en los casos de privación de libertad. La exigencia de inmediatez se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía.
> c. La información que debe ser facilitada solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho

[1666] STC (Pleno) 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6.

investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención. En este sentido, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los "indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo", indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva.

(ii) Con ocasión de la acusación: principio acusatorio.

Aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. El principio acusatorio posee vinculación con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial[1667].

- Derecho a ser informado de la acusación formulada en su contra

Este derecho es una garantía en favor del equilibrio entre acusador y acusado en el proceso penal. La ruptura de ese equilibrio en contra del acusado al no conocer éste en concreto cuáles son los hechos punibles que se le imputan, puede producirle indefensión cuando se produzca una disminución indebida de las posibilidades legales de defensa[1668].
El contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales[1669], y es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión[1670]. Si el defensor de los acusados estima que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos, y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debe, conforme al art. 793.7 LECrim, solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa[1671].
Lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio

[1667] STC 198/2009, de 28 de septiembre, FJ 4.
[1668] STC 9/1982, de 10 de marzo.
[1669] SSTC 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 2, y 11/1992, de 27 de enero, FJ 3.
[1670] SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 91/1987, de 3 de junio, FJ 6, y 17/1988, de 16 de febrero, FJ 5.
[1671] STC 278/2000, de 27 de noviembre.

con la acusación[1672]. Por ello, el TC ha considerado que la mayor o menor vaguedad o imprecisión de los hechos incluidos por las acusaciones en la calificación definitiva[1673] o la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible, puede no producir una alteración esencial en los términos del debate[1674].

- Deber de congruencia entre la acusación y el fallo

El objeto procesal debe ser resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación, toda vez que el derecho a un proceso con todas las garantías impone un sistema penal acusatorio en el que el enjuiciamiento se desarrolle dialécticamente entre dos partes contrapuestas, debiendo resolverse por un órgano diferente, consagrándose así una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio[1675]. Así, el Juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el Juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio[1676]. No se ve lesionado el derecho fundamental si se da "la identidad del hecho punible" entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica, y, por otro lado, si ambos delitos o faltas (aquel por el que se acusó y aquel por el que finalmente se condena) sean "generalmente homogéneos"[1677], de modo que todos los elementos del segundo tipo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la

[1672] SSTC 225/1997, FJ 4, ATC 36/1996, de 12 de febrero, FJ 4.
[1673] STC 20/1982, de 10 de marzo, FJ 1.
[1674] SSTC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 8, 278/2000, de 27 de noviembre.
[1675] STC 133/2014, de 22 de julio.
[1676] SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 73/2007, de 16 de abril, FJ 3.
[1677] STS de 10 de febrero de 1972.

acusación, porque siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse respecto a la acusación[1678]. El concepto de homogeneidad entre las infracciones por las que se acusa y se condena, relevante desde el punto de vista de la legalidad ordinaria para no pocas cuestiones (ad exemplum, la posibilidad de apreciar el delito continuado), sirve para aproximarnos en la apreciación de si existió o no indefensión por falta de controversia sobre la concurrencia de los elementos configuradores del tipo penal por el que se condena, pero la falta de homogeneidad no determina, por sí sola, la existencia de indefensión. Dicho de otro modo, lo decisivo no es si los tipos son homogéneos, sino si, en las circunstancias concretas del caso, el demandante de amparo pudo contradecir la totalidad de los elementos que integran la valoración jurídica o tipificación de los hechos efectuados en la resolución judicial[1679].

Este deber de congruencia posee relación principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informados de la acusación, pues si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente de las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción, al tiempo que se insiste en que ese deber de congruencia "encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías"[1680].

No habiendo acusación, el Juez no debe entrar en el fondo del asunto, porque el no acusado no puede ser condenado y ni siquiera juzgado[1681]. Sin embargo, el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, el TC ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus

[1678] STC 104/1986, de 17 de julio.
[1679] STC 4/2002, de 14 de enero.
[1680] STC 198/2009, de 28 de septiembre.
[1681] STC 104/1986, de 17 de julio.

pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales[1682].

La vulneración del derecho de defensa que se produzca en la primera instancia es, además, insubsanable por la existencia de debate procesal en la segunda sobre la nueva perspectiva jurídica con la que fueron apreciados los hechos de la acusación. La información en segunda instancia de la acusación formulada no subsanaría el aducido defecto cometido en la primera, pues el resultado final de todo el proceso sería que el acusado habría tenido una única ocasión de informarse y defenderse de la acusación –esto es, en la apelación– y, en consecuencia, se le habría privado, efectivamente, de una primera instancia con todas las garantías, y con ello, de la tutela judicial que las leyes le reconocen y el art. 24 CE le garantiza[1683].

- Límite a la gravedad, naturaleza y cuantía de las penas

La protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, (implica) que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia del deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Ciertamente aquella garantía (del principio acusatorio) resulta mejor protegida si el órgano judicial no asume la iniciativa de imponer ex officio una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con el principio acusatorio, como el que informa la fase de plenario en el proceso penal.

- Deber de congruencia en los recursos

Además, los derechos de información y defensa que asisten al acusado en la primera instancia han de preservarse también en vía de recurso, pues materialmente la situación no ha variado, ya que persiste la pretensión penal en la

[1682] Por todas STC 178/2014, de 3 de noviembre.

[1683] STC 4/2002, de 14 de enero.

segunda instancia con la posibilidad de imposición de condena o de agravación de la pena[1684].

No hay infracción alguna del principio acusatorio cuando se desestima el recurso del condenado –con la adhesión de la acusación pública– y se confirma plenamente la Sentencia de instancia, ya que el juzgador no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en el recurso, se ajusta a Derecho, porque ni excede de los términos del debate, ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión constituye el objeto de la única pretensión de impugnación[1685]. La confirmación por el Tribunal de casación de la calificación jurídica realizada en la Sentencia de instancia recurrida, incluso contra la petición de las distintas partes recurrentes, ni priva a la condenada recurrente de la posibilidad efectiva de conocer dicha calificación jurídica y de rebatirla en la casación, ni significa que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial[1686].

- Reformatio in peius

La prohibición de la reforma peyorativa ostenta dimensión constitucional aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE[1687]. Consiste en el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso, de modo que la decisión judicial que lo resuelve conduce a un efecto contrario al perseguido por el recurrente, cual es anular o suavizar la sanción aplicada en la resolución objeto de impugnación[1688]. Para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal[1689], "cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes"[1690]. Ni siquiera la evidencia de una errónea calificación autoriza a los órganos judiciales ante los que se recurre a optar por la calificación correcta si esta conduce a un empeoramiento de la situación de quien impugna en solitario, salvo que concurran razones de orden público procesal[1691].

[1684] SSTC 112/1989, FJ 2º; 99/1992, FJ 2º; 162/1993, FJ 2º, 18/1995, de 24 de enero.
[1685] STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5, y en los AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; 250/1994, de 19 de septiembre, FJ 2, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4.
[1686] SSTC 123/2005, de 12 de mayo, 203/2007, de 24 de septiembre.
[1687] STC 223/2015, de 2 de noviembre.
[1688] Entre muchas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3; 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, o 126/2010, de 20 de noviembre, FJ 3
[1689] Por todas, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7, y 70/1999, de 26 de abril, FJ 5.
[1690] SSTC 214/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5, y 126/2010, FJ 3.
[1691] STC 223/2015, de 2 de noviembre.

Los términos de comparación para ponderar si la reforma ha sido peyorativa han de ser, en el caso, las respectivas condenas: es decir, si la recaída en segunda instancia empeora la situación que establece el fallo condenatorio de la dictada por el juzgador a quo, y no la relación existente entre la pretensión absolutoria del actor recurrente y el sentido del fallo condenatorio derivado del recurso[1692].

El condenado posee la seguridad jurídica de la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia[1693]. En otras palabras, "lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario"[1694].

2. Preparación de la defensa

(i) Acceso a la causa

- Con ocasión de la detención

De forma inescindible, complementaria e instrumental a los derechos a recibir información sobre las razones de la detención y a impugnar la legalidad de la detención, la nueva regulación legal reconoce a toda persona detenida el derecho a “acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad” (art. 520.2 d] LECrim); derecho de acceso que, en idénticos términos, se extiende a la fase sumarial de instrucción judicial para el caso de que se decrete la prisión provisional del investigado (art. 505.3 LECrim.). El derecho de acceso que la ley reconoce está en línea con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, conforme al cual: “cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad”. En la medida en que, para ser suficientes, las razones de la detención deben venir

[1692] SSTC 183/2005, FJ 3; 203/2007, FJ 2.
[1693] SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5.
[1694] SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 17/2000, de 31 de enero, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5.

apoyadas en datos objetivos, las mismas han de poder ser contrastadas y verificadas accediendo a los elementos de las actuaciones que les dan sustantividad. Resulta evidente que solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia. Tal constatación permite identificar el fundamento, momento, forma y contenido del derecho de acceso[1695]:

> a. La facultad de acceso reconocida por la ley tiene como finalidad facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa. Por ello, el reconocimiento legal expreso de este derecho refuerza la importancia del «habeas corpus» como procedimiento de control judicial de los casos y modos en que la privación de libertad es legítima.
>
> b. A partir de este doble fundamento, es posible determinar la forma y momento en que el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones puede ejercerse. Dicho intervalo se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente [art. 520.6 d) LECrim], podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder. Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del «habeas corpus» para que la autoridad judicial dirima la controversia.
>
> c. La conexión entre el derecho a conocer las razones de la detención y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica también, en gran medida, el contenido de esta segunda garantía. A partir de la información recibida, para contrastar su veracidad y suficiencia, el detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las

[1695] STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 7.

> actuaciones que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuales sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas.

En el caso de solicitudes de prisión provisional, el trámite de audiencia vinculado a la adopción sobre el investigado de la medida cautelar de prisión provisional o bien de libertad provisional bajo fianza (art. 505 LECrim) no es una formalidad irrelevante, dado que en dicha audiencia es posible debatir tanto la concurrencia o no de las circunstancias determinantes para acordar la libertad o la continuación de la prisión provisional, como la eventual modificación de las inicialmente apreciadas»[1696]. De hecho, al perfilar el contenido de esta comparecencia en la que el ministerio fiscal u otra acusación pueden solicitar aquellas medidas cautelares personales, el art. 505 LECrim indica que «podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior» (apartado tercero). En su actual redacción, reconoce también al abogado del investigado la posibilidad de acceder «en todo caso» a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad de su defendido. Para el demandante, este último inciso invalida constitucionalmente cualquier decisión judicial que, con sustento en el secreto sumarial (art. 302 LECrim), cercene las posibilidades del justiciable de acceder al expediente con la finalidad de impugnar su privación de libertad. A la vista de estos razonamientos procede formular las siguientes consideraciones[1697]:

> a. Con carácter general, corresponde al juez instructor velar por que el detenido, una vez que se encuentra a su disposición (art. 17.2 CE), sea debidamente informado de sus derechos y garantías procesales (art. 17.3 CE; arts. 118 y 520 LECrim), procurando que esa información se le facilite por escrito de forma inmediata y, en todo caso, con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad de

[1696] SSTC 22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 28/2001, de 29 de enero, FJ 6.
[1697] STC 89/2019, de 17 de junio, FJ 6.

su derecho de defensa. Particularmente destacables son los momentos de recibirle declaración y de decidir sobre su situación personal. Deberá asegurarse también el instructor de la adecuada compresión por el justiciable, puesto bajo su custodia, del elenco de derechos que le asisten ex art. 520 LECrim, de los que se le entregará además copia escrita. Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor, proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios, por expresivos en tal sentido (art. 520.2 LECrim, inciso 1), los restantes derechos enumerados en el art. 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate.

b. La conexión entre el derecho a conocer las razones de la privación de libertad y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica en gran medida el contenido de esta segunda garantía, puesto que a partir de la información recibida, y para contrastar su veracidad y suficiencia, el privado de libertad puede solicitar acceso a aquello que recoja o documente las razones aducidas, activando con ello su derecho. A la declaración del investigado puede seguir la convocatoria por el juez instructor de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim, en la que las partes acusadoras podrán interesar que el instructor decrete la prisión provisional del investigado o encausado, o bien su puesta en libertad previa prestación de fianza. Al respecto, el TC se reserva la facultad de revisar si la adopción judicial de la medida de prisión provisional se ha sujetado a los criterios legales que garantizan el derecho de defensa y no sufrir indefensión del sujeto sobre el que se aplica la medida cautelar en relación, estrictamente, con la adopción de esa medida. El TC es asimismo garante de que «el procedimiento de adopción o confirmación de la prisión provisional, se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE[1698]. Partiendo del posible acceso previo en sede policial, desde el momento en que el órgano judicial haya informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la

[1698] STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 e).

defensa del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican. Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior.

c. Si los derechos de información y de acceso al expediente con fines de impugnar la privación de libertad se promueven, al tiempo de la comparecencia, en el seno de una causa declarada total o parcialmente secreta (art. 302 LECrim), confluyen entonces el interés de defensa vinculada a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el interés en no perjudicar los fines con relevancia constitucional de los que es tributario el secreto, consecuencia de la interpretación de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debiendo conciliar ambos. No hay duda de que el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal. El sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras de su privación de libertad. Tampoco puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad, cercenando con ello toda posibilidad de defensa frente a la medida cautelar. Del otro lado, los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial no pueden desvanecerse como consecuencia del ejercicio efectivo de los indicados derechos del justiciable, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser. Así se desprende de la doctrina constitucional[1699], y así se infiere también de la Directiva 2012/13/UE cuando admite que el acceso al expediente penal pueda ser denegado ante el riesgo de perjudicar una investigación en curso (art. 7.4) siempre, eso sí, desde una interpretación restrictiva de esta limitación y respetuosa con el principio de equidad. La expresión «en todo caso» incorporada al art. 505.3 LECrim para referirse a esta situación no comporta, en su entendimiento constitucional, una suerte de alzamiento del secreto sumarial que abra ilimitadamente la causa o alguna de sus piezas, declaradas secretas, al conocimiento de las partes en situación, efectiva o potencial, de privación de libertad, a resultas de lo que suceda en la comparecencia del art. 505 LECrim. Muy al contrario,

[1699] SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4.

subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo facilitarse tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación. Así pues, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial –en el sentido de sustancial, fundamental o elemental– para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido.

d. Determinados por el instructor los elementos fundamentales del caso en clave de privación de libertad, la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa[1700]. No basta, por tanto, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido. La idoneidad de la decisión judicial de entrega de datos y materiales en ejercicio de estos derechos será, en cualquier caso, susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido. Corresponde al órgano judicial que conozca del recurso revisar la ponderación efectuada por el instructor de la adecuación de los materiales facilitados a los fines y derechos concernidos, lo que valorará a la luz de las específicas circunstancias del caso, atendiendo a la naturaleza de los datos y documentos puestos a disposición del interesado y a su importancia en relación con las circunstancias que propiciaron la privación de libertad (STEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoń contra Polonia, § 81), sin olvidar los propósitos del secreto decretado en el caso, igualmente dignos de atención.

e. Es significativo el periodo durante el cual el investigado, privado de libertad, haya estado a su vez privado de acceso íntegro al procedimiento Y ello porque la prolongación en el tiempo del secreto no puede constreñir indefinidamente un ejercicio del derecho de defensa que llegue a abarcar la totalidad del sumario, desautorizándose constitucionalmente todo proceso penal que, como consecuencia de la declaración judicial de secreto, se geste a espaldas del investigado y recorte así sus derechos y garantías en el proceso (art. 24.2 CE). El factor tiempo juega, por sí mismo, un papel altamente relevante en toda causa declarada secreta. Al restringir las posibilidades de conocimiento íntegro de lo investigado y, por tanto, de defensa, la declaración de una causa como secreta siempre habrá de extenderse en el tiempo el mínimo indispensable para lograr sus fines, debiendo cesar de forma inmediata en caso de lograrse aquellos;

[1700] STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6.

> subsidiariamente, y aun cuando no se hayan obtenido, decaerá en el momento en que expire el plazo específicamente conferido por la resolución judicial, que nunca podrá sobrepasar los máximos legalmente previstos con inclusión, dado el caso, de sus prórrogas. El transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que a medida que avance el periodo de investigación los intereses del investigado irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto. Por todo ello, si la virtualidad del secreto puede operar como valor preponderante en los comienzos de la investigación en la que se decreta, bien por ponderación de los intereses en presencia (art. 301 y 302 LECrim), bien por mandato legal y sin necesidad de expresa declaración en el caso de adoptarse medidas de investigación tecnológica [art. 588 bis d) LECrim], pudiendo provocar incluso que el derecho de defensa del investigado sobre el que se ejecuta una medida cautelar personal privativa de libertad tropiece con parcelas de investigación desconocidas, no es menos cierto que el paso del tiempo debilita aquel interés, que puede predominar en un principio[1701].

- Con ocasión del proceso penal

Específicamente, el artículo 6.2 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, con apoyo en los artículos 6 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: "Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa". La concreción legal de dichas garantías se recoge de forma detallada en la nueva redacción de la Ley de enjuiciamiento criminal, operada por las LLOO 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, mediante las que se han transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico las citadas Directivas. Con carácter general, la nueva regulación legal reconoce a toda persona a quien se atribuya un hecho punible el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan (art. 118.1 a]) y también el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, momento que debe ser en todo caso anterior a que se le tome declaración (art. 118.1 b]). El artículo 302 LECrim establece las limitaciones a este derecho de acceso al expediente que, de forma temporal, declarando total o parcialmente secretas las actuaciones del procedimiento, puede establecer el Juez de Instrucción para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona[1702].

[1701] STC 83/2019, de 17 de junio, FJ 6.
[1702] STC (Pleno) 21/2018, de 5 de marzo, FJ 5.

(ii) Asistencia de abogado

En el supuesto en que la intervención de Letrado sea preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento[1703], cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada, como es el lograr el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho[1704].

En los casos en que la intervención de Abogado no sea legalmente preceptiva, el derecho constitucional a la asistencia letrada exige que, cuando se opte por la defensa técnica de un Abogado de oficio por carencia de medios económicos y se ponga de manifiesto esa circunstancia con las debidas formalidades legales ante el órgano judicial, éste se pronuncie expresamente sobre su pertinencia, ponderando si los intereses de la justicia así lo exigen. Para ello debe atender el órgano judicial a las concretas circunstancias del caso, con especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal, a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante[1705] y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal[1706]. Y todo ello porque los órganos judiciales tienen la función de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, lo que les impone el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan causar a alguna de ellas resultado de indefensión[1707].

El ejercicio de la libertad de expresión en el seno de los procesos judiciales por los Letrados de las partes en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar estrechamente ligado a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE[1708], puesto que "el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia técnica de letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada"[1709]. Este entendimiento de la libertad de expresión, como libertad "especialmente reforzada por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental"[1710] es perfectamente trasladable a los supuestos de autodefensa en los que es el propio ciudadano afectado quien, por no ser preceptiva la asistencia letrada, asume por sí mismo la defensa en el procedimiento de sus derechos e intereses legítimos.

[1703] STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 2.
[1704] SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 3, y 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3, entre otras.
[1705] STC 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3 b.
[1706] STC 22/2001, de 29 de enero, FJ 4.
[1707] STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 5, que cita, a su vez, las SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2, y 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3.
[1708] STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4.
[1709] STC 157/1996, de 6 de noviembre, FJ 5,
[1710] STC 157/1996, FJ 5.

(iii) Plazo adecuado para preparar la defensa

Señala el TC[1711] en relación a la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012 (que reconoce en su art. 7.2 este derecho al plazo adecuado para la preparación de la defensa) que la misma es una disposición vinculante desde que expiró el plazo para su transposición, al ser una, disposición incondicional y suficientemente precisa en las que se prevén derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal. Así, este derecho se encuentra, por esta vía, reconocido.

Además el STC ya lo había reconocido en relación a los plazos temporales excesivos del secreto del sumario[1712], ante la modificación sustancial de la calificación[1713], o ante renuncias maliciosas del acusado a su letrado[1714].

3. Derecho a la autodefensa y a ser defendido por un abogado

(i) Autodefensa

En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro Ordenamiento, es una manifestación del derecho de autodefensa[1715]. Especialmente significativo resulta al respecto el tenor literal del art. 6.3 c) CEDH, en el que se reconoce el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor. Se pone así de manifiesto que el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado: el Letrado se limita a asistirle técnicamente en el ejercicio de su derecho, habiéndose reiterado, tanto por el TC como por el TEDH, que la opción por la asistencia jurídica gratuita o por la de un Letrado de elección, no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa (SSTEDH de 16 Dic. 1999, casos T y V contra Reino Unido). En dichas resoluciones el TEDH de modo inequívoco que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus Abogados, interrogar a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes. En ese contexto han de entenderse las numerosas resoluciones del TEDH relativas a la importancia capital que ha de darse a la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (SSTEDH

[1711] STC 13/2017, de 30 de marzo, FJ 6.
[1712] SSTC 127/2011, de 18 de julio, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 3;199/2002, de 6 de mayo, FJ 4; 174/2001, de 26 de julio, FJ 3;
[1713] STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 8.
[1714] STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3.
[1715] STC 181/1994, de 20 Junio.

de 12 Feb. 1985, caso Colozza c. Italia, núm. 27; de 28 Ago. 1991, caso FCB c. Italia; núms. 28 a 36, de 23 Nov. 1993, caso Poitrimol c. Francia; núms. 31 y 35, de 22 Sep. 1994, casos Lala y Pelladoah c. Holanda; núms. 27 y 40, respectivamente)[1716].

La conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado[1717].

(ii) Defensa legal

La confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, por ello "la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector de éste"[1718]. Así, el derecho a la asistencia de Letrado es, en principio, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable y a su cargo. Requiere por tanto la posibilidad de contacto con un Abogado y de que éste pueda acceder a las distintas fases del juicio para llevar a cabo la defensa técnica de su cliente. Por ello, como regla general, asegura la posibilidad de defensa por Abogado, impidiendo que el órgano judicial obstaculice o dificulte esa posibilidad de utilización de Abogado[1719].

El ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en ocasiones en tensión o conflicto con los intereses protegidos por el derecho fundamental que el art. 24.2 CE reconoce en relación con el proceso sin dilaciones indebidas. De esta forma, es posible imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho[1720]. Así, aunque la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, el Tribunal rechazará aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la LOPJ. Los supuestos en que el cambio del abogado designado puede ser denegado por el Tribunal sobre la base del abuso de derecho son aquellos en que la petición es arbitraria, es decir inmotivada o motivada de forma irrazonable, bien porque la defensa de oficio en autos no manifiesta ninguna carencia en su tarea ante el Tribunal, bien porque las carencias manifestadas por el propio acusado aparecen como irrelevantes o injustificadas.

[1716] STC 91/2000, de 30 de marzo.
[1717] SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; 101/2002, de 6 de mayo, FJ 4; 145/2002, de 15 de julio, FJ 3, 199/2003, de 10 de noviembre.
[1718] SSTC 196/1987, FJ 5, 162/1999, de 27 de septiembre.
[1719] STC 216/1988, de 14 de noviembre.
[1720] SSTC 11/1981, de 8 de abril; 37/1987, de 26 de marzo; 196/1987, de 11 de diciembre; 162/1999, de 27 de septiembre.

La denegación a los detenidos incomunicados de la posibilidad de nombrar libremente Abogado, con la consiguiente designación de un Letrado de oficio es una medida de las que el legislador puede establecer en ejercicio de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, medida, pues, que no conculca el contenido esencial del derecho declarado en el art. 17.3 de la Constitución, que es la norma que ha de tenerse en cuenta en supuestos de detención[1721].

Cuando la acción penal se ejercita por varias acusaciones populares, esto es, por personas o entidades en las que no concurre la condición de perjudicados u ofendidos por el delito (y que, por tanto, no ejercitan acciones civiles derivadas de la infracción penal), puede admitirse, en principio, una mayor facilidad para que exista la convergencia de intereses. Esta "convergencia de intereses" es en la que, según se señaló en las SSTC 30/1981 y 193/1991, se asienta la justificación necesaria para que el derecho de defensa y asistencia de Letrado de una de las partes personadas se vea limitado, concurre en este supuesto y legítima, en efecto, la aplicación del repetido art. 113 LECrim, conforme mantienen los órganos judiciales; como quiera que, al propio tiempo, es notoria -y así se explica pormenorizadamente también en las resoluciones que se impugnan- la quiebra del derecho a no padecer dilaciones indebidas en la causa que se produciría como consecuencia de la pluralidad de partes personadas si éstas actuasen separadamente y no bajo una misma defensa y representación[1722].

(iii) Asistencia legal gratuita

En el proceso penal el derecho a la designación de Abogado de oficio existe en todos los casos en los que siendo preceptiva la asistencia de Letrado el acusado no haya designado Letrado de su elección y además en aquellos casos en los que, aunque no sea preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite del órgano judicial[1723].

El TEDH en su Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Ártico) declaró que el art. 6.3 c) del Convenio "consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de Abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita", obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un Abogado del turno de oficio, por emplear la terminología propia de nuestro ordenamiento, pues el art. 6.3 c), como subraya el TEDH, no habla de "nombramiento", sino de "asistencia", expresión por cierto idéntica a la de nuestro art. 24.2 CE, de donde se infiere que lo que el Convenio dispone es que el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva, ya que si se interpretara el texto del 6.3 c) de una manera formal y restrictiva "la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión". En consecuencia y dentro de este enfoque hermenéutico realista, el TEDH condenó en el caso Ártico

[1721] SSTC 196/1987, 60/1988, de 8 de abril.

[1722] STC 154/1997, de 29 de septiembre.

[1723] STC 216/1988, de 14 de noviembre.

al Estado demandado por entender que incumbía a las autoridades de aquel país "actuar de manera que se asegure al recurrente el disfrute efectivo del derecho que ellas mismas le habían reconocido" (Sentencia citada, caso Ártico, parágrafos 33 y 36). El TC interpreta el derecho a la defensa y a la asistencia letrada del art. 24.2 CE en el mismo sentido que hace el TEDH, en especial cuando tal derecho se enmarca en un proceso penal[1724].

Para la efectividad del derecho a la defensa y asistencia letrada que se reconoce en el art. 24.2 CE, los órganos judiciales deben, en principio, acordar la suspensión del curso del procedimiento hasta tanto no le sea nombrado al litigante que carece de recursos económicos o que se ve en la imposibilidad de contar con un letrado de su elección, un abogado del turno de oficio que asuma su defensa técnica en el proceso[1725].

La inactividad o defectuoso proceder de la representación procesal o de la defensa del acusado, causantes de la pérdida de algún recurso o trámite del proceso penal, únicamente genera "el deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de profesionales designados de oficio"[1726]. No sucede lo mismo cuando se trata de profesionales de libre designación, por cuanto "es evidente que el órgano judicial no puede ni debe supervisar en todos los procedimientos la actuación de los profesionales del Derecho, pues ante su pasividad o falta de pericia profesional son otros mecanismos jurídicos arbitrados para exigirles responsabilidades disciplinarias o patrimoniales"[1727].

4. Interrogatorio de los testigos[1728]

(i) Convocatoria, asistencia e inasistencia de testigos

El derecho a la no indefensión, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, significa que ha de respetarse el principio de contradicción, que garantiza el acceso al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos, y, dentro de éste, el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla[1729]. El derecho a la defensa y a la asistencia letrada tiene por finalidad la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE[1730]. Este derecho a la

[1724] STC 37/1988, de 3 de marzo.
[1725] SSTC 28/1981, de 23 de julio; 245/1988, de 19 de diciembre; 135/1991, de 17 de junio; 132/1992, de 28 de septiembre; 91/1994, de 21 de marzo; 175/1994, de 7 de junio.
[1726] SSTC 160/2009, de 29 de junio, FJ 4, 179/2014, de 3 de noviembre, FJ 3.
[1727] SSTC 47/2003, de 3 de marzo, FJ 2,;194/2015, de 21 de septiembre.
[1728] Desde el concepto del CEDH, TEDH, que abarca testigos, peritos, documentos y cualquier otro medio de prueba.
[1729] STC 176/1988, de 4 de octubre.
[1730] Por todas, SSTC 71/1999, de 26 de abril, FJ 3; 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 101/2002, de 6 de mayo, FJ 2; y 130/2003, de 30 de junio, FJ 2), STC 141/2005, de 6 de junio.

contradicción procesal no determina la necesidad de que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse en numerosos procesos y que no deriva de lo dispuesto en el art. 24.1 CE, siempre que se respete el aludido derecho a la defensa[1731]. El derecho a la no indefensión, reconocido en el art. 24.1 CE, significa que ha de respetarse el principio de contradicción, que garantiza el acceso al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos, y, dentro de éste, el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla[1732].

El art. 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso[1733] y su contenido garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento[1734]; derecho que ostenta no solo el acusado, sino también el Ministerio Fiscal y en su caso el resto de las acusaciones[1735]. El TC hace hincapié en la conexión de este específico derecho constitucional con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), cuyo alcance incluye las cuestiones relativas a la prueba[1736], y con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es inseparable[1737]. Ha sido su inescindible conexión con otros derechos fundamentales y en particular con el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, la que ha permitido afirmar que el contenido esencial del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso[1738]. El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por las leyes procesales[1739], correspondiendo al legislador establecer las normas reguladoras de su ejercicio en cada orden jurisdiccional[1740]. Las líneas principales de la doctrina del TC sobre este derecho fundamental son:

(i) Este derecho fundamental, que no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sí que atribuye el derecho a la

[1731] STC 12/1987, de 4 de febrero.
[1732] STC 176/1988 de 4 de octubre.
[1733] STC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3.
[1734] STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2.
[1735] STC 151/2013, de 9 de septiembre.
[1736] SSTC 89/1986, de 1 de julio, FJ 2; 50/1988, de 22 de marzo, FJ 3; 110/1995, de 4 de julio, FJ 4; 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; y 221/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.
[1737] SSTC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; y 26/2000, de 31 de enero, FJ 2, 19/2001, de 29 de enero, FJ 4; y, en el mismo sentido, STC 133/2003, de 30 de junio, FJ 3.
[1738] SSTC 37/2000, de 14 de febrero; 19/2001, de 29 de enero; 133/2003, de 30 de junio.
[1739] STC 187/2014, de 17 de noviembre.
[1740] Por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 13.

recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi.

(ii) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. En ningún caso cabe considerar menoscabado el derecho que nos ocupa "cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda"[1741].

(iii) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo el TC sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, sino en los casos en los que las decisiones judiciales de inadmisión de pruebas relevantes para la decisión final, hayan sido dictados sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial. El artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia[1742].

4. La inejecución de una prueba admitida a trámite equivale a su inadmisión: "el efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa. La no práctica equivale, pues, objetivamente a una inadmisión y, dadas las circunstancias, lógicamente no motivada o fundada. Tal peculiaridad, no impide que sea aplicable al caso la doctrina reiterada del Tribunal sobre el derecho a utilizar los medios pertinentes para la propia defensa en cuya aplicación la cuestión se centra en valorar la relevancia de la omisión de la actividad judicial para el derecho constitucional mencionado"[1743].

5. La incorrecta práctica de una prueba admitida puede revestir relevancia constitucional[1744].

6. Es acorde con la Constitución y con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) "integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio, introduciendo su contenido a través de los interrogatorios[1745]. De esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral

[1741] Por todas, STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 4.
[1742] SSTC 37/2000 de14 de febrero, 19/2001 de 29 de enero, 73/2001 de 26 de marzo, 4/2005 de 17 de enero, 308/2005 de 12 de diciembre, 42/2007 de 26 de febrero y 174/2008 de 22 de diciembre.
[1743] SSTC 147/1987 de 25 de septiembre, FJ 3, 212/2013, de 16 de diciembre.
[1744] STC 101/1999, de 31 de mayo.
[1745] STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7.

(art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliéndose así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción[1746].

7. No puede considerarse admisible en términos constitucionales la exclusión de cualquier medio de prueba si no existe una finalidad constitucionalmente legítima que lo justifique. "No admitir la prueba practicada con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías[1747].

8. Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa"; ello exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda. La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar ante el TC, la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba, propuesta y no practicada, objeto de controversia[1748], debiendo en cualquier caso ser la denegación o la inejecución de las pruebas imputables al órgano judicial[1749].

(ii) Valoración de declaraciones de testigos

- Declaraciones anteriores al juicio oral

Abordada por el TC desde la perspectiva de la presunción de inocencia (y pruebas válidas para enervarla), se señala que:

- Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECr.) y no constituyen en sí mismas pruebas de cargo[1750].

[1746] STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10)", SSTC 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2, 151/2013, de 9 de septiembre.
[1747] STC 41/1991, de 25 de febrero, FJ 2.
[1748] SSTC 133/2003 de 30 de junio, 359/2006 de 18 de diciembre y 77/2007 de 16 de abril.
[1749] SSTC 1/1996 de 15 de enero y 70/2002 de 3 de abril.
[1750] STC 137/1988, de 7 de julio, FJ 2.

- Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes[1751].
- Desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, el TC ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.
- El TC condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que clasifica como:
    - materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-;
    - subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-;
    - objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; y
    - formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral[1752].
- Procede la valoración —a través de su lectura— de las declaraciones testificales prestadas en el sumario cuando exista contradicción con las prestadas por el testigo en el acto del juicio oral conforme al art. 714 LECrim. Este precepto, pese a referirse exclusivamente al testigo (a diferencia del tenor literal del apartado primero del art. 46.5 LOTJ que contempla también al acusado y al perito), se considera aplicable al acusado[1753].
- La posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía[1754]. Ni las autoincriminatorias ni las heteroinculpatorias, efectuadas por investigados, en relación con las declaraciones de coimputados y copartícipes en los hechos[1755]. Dados algunos matices establecidos por las SSTC 164/2014, de 8 de octubre,

[1751] SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3.
[1752] SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c).
[1753] STC 151/2013, de 9 de septiembre, FJ 8.
[1754] SSTC 33/2015, de 2 de marzo, FJ4; 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2; 53/2013, de 28 de febrero, FFJJ 3 a 5; 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5; 137/1988, de 7 de julio, FJ 1; 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2; 31/1981, de 28 de julio, FJ 4.
[1755]SSTC 51/1995, de 23 de febrero; 206/2003, de 1 de diciembre; 68/2010, de 18 de octubre.

y 85/2015, de 2 de marzo (posibilidad de declaración de los agentes policiales en Juicio Oral), la Sala Segunda adoptó el 3 de junio de 2015 un Acuerdo no Jurisdiccional fijando su doctrina con el siguiente alcance: "Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECr. Ni cabe su utilización como prueba preconstituída en los términos del art. 730 LECr. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron".

- La no presencia del interesado o de su Abogado en el citado registro, pese a estar ya detenido, podría determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, pero ello no impide -al igual que afirmamos en el anterior fundamento jurídico respecto de las entradas y registros- que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción[1756]

- Testigos de referencia

En cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, el TC señala que puede ser uno de los elementos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, aunque condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisible, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba. El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos casos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resultaba resulta extraordinariamente dificultosa[1757].

El TC hace referencia a su vez a la jurisprudencia del TEDH sobre la imposibilidad de condena exclusiva mediante testigos de referencia[1758].

-La prueba exclusiva o determinante

[1756] STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 9.
[1757] STC 117/2017, de 21 de mayo, FJ 5.
[1758] STC 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4.

Acúdase a lo señalado en cuanto a la preconstitución de prueba, con necesaria contradicción[1759].

-Testigos anónimos

Señala el TC que con arreglo al TEDH debe considerarse contrario al Convenio "la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad"[1760].

En aquellos casos en los que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 CE[1761].

5. Interpretación

Este derecho está reconocido tal cual por el art. 6.3 e) CEDH y por el art. 14.3 f) PIDCP. El enunciado abstracto con el cual comienzan ambos preceptos coincidentes a la letra es completado, sin embargo, por un condicionamiento que enlaza directa e inmediatamente con la dimensión "material" de la indefensión. La exigencia de intérprete se da cuando el acusado "no comprenda o no hable el idioma empleado en el Tribunal" o "en la audiencia". No hay alusión alguna a la nacionalidad, como dato jurídico, o al origen, como dato geográfico, sino a una circunstancia real, la posibilidad de comprender cuanto se dice en el juicio y aun la simétrica de expresar cuanto ha de ser dicho por el reo para defenderse de las acusaciones contra él vertidas. Tan es así que el TC lo dijo por primera vez con ocasión del supuesto inverso, los españoles que desconocieran el castellano, cuyo derecho a ser provistos de intérprete les fue reconocido[1762].

[1759] Las exigencias que se derivan del principio de presunción de inocencia obligan a depurar el material probatorio y excluir de él a las declaraciones prestadas por las menores ante la Guardia Civil, sin presencia del Juez, del Fiscal y de la defensa, STS 222/2019 de 29 de abril de 2019.
[1760] SSTC 64/1994, de 28 de febrero, FJ 3; 75/2013, de 8 de abril, FJ 3.
[1761] STC 64/1994, de 28 de febrero, FJ 3.
[1762] STC 181/1994, de 20 de junio.

2. *Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica*

- CEDH – TEDH

Los derechos de defensa reconocidos en el art. 6.3 CEDH ha sido reconocidos de forma global por el TEDH a las personas jurídicas tan pronto se considere, desde el concepto autónomo de pena, que se está ante un proceso penal que les afecte[1763].

Y, en concreto, el TEDH lo ha reconocido expresamente en las siguientes dimensiones reconocidas para las personas físicas:

- Información sobre la naturaleza y la causa de la acusación[1764]
- Plazo adecuado para preparar la defensa[1765]
- Derecho a la autodefensa y a ser defendido por un abogado.
- Asistencia legal gratuita:

Sobre la asistencia legal gratuita, el TEDH sólo se ha pronunciado en relación a procedimientos en los que era aplicable la dimensión civil del art. 6 CEDH, y partiendo del posicionamiento de derecho comparado en el que predomina el no reconocimiento de la justicia gratuita a las sociedades mercantiles[1766], determina que no existe vulneración del art. 6.1 CEDH por la diferencia que se efectúa en el ordenamiento francés en el acceso a la justicia gratuita para las entidades mercantiles sin ánimo de lucro y las que si lo tienen (y a las que no se reconoce el derecho)[1767], criterio recogido por el TEDH de forma continuada, pero reiterando que se refiere a procedimientos civiles[1768] y bajo el principio de controlar el uso de fondos públicos para patrocinar litigación privada[1769].

El TEDH, sin pronunciarse directamente en los casos de aplicación de sus previsiones a la asistencia legal gratuita de personas jurídicas en procesos penales (de acuerdo con su concepto autónomo de pena) si señala la diferencia establecida entre la asistencia legal gratuita no reconocida como obligatoria en el convenio en asuntos civiles (art. 6.1 CEDH) y si, en determinados supuestos, en proceso penales (art. 6.3 c CEDH)[1770].

[1763] SSTEDH Grande Stevens y otros c. Italia, de 4 de marzo de 2014, apartado 101, Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia, de 27 de septiembre de 2011, apartado 59.
[1764] STEDH OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia, de 20 de septiembre de 2011, apartado 538.
[1765] SSTEDH Grande Stevens y otros c. Italia, de 4 de marzo de 2014, apartado 116; STEDH OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia, de 20 de septiembre de 2011, apartados 536 a 541 y 544 a 548.
[1766] Decisión TEDH VP Diffusion SARL, de 26 de agosto de 2008, apartado C.
[1767] Ibid.
[1768] SSTEDH Granos Organicos Nacionales S.A c. Alemania, de 22 de marzo de 2012, apartados 17 y 18.
[1769] Ibid. apartado 48.
[1770] SSTEDH Granos Organicos Nacionales S.A c. Alemania, de 22 de marzo de 2012, apartado 48; Of del Sol c. Francia, de 26 de febrero de 2002, apartado 20; Decisión C.M.V.M.C. O'Limo c. España, de 24 de noviembre de 2009, apartado 22.

- Interrogatorio de los testigos:
    - Convocatoria, asistencia e inasistencia de testigos[1771];
    - Valoración de declaraciones de testigos:
        - Declaraciones anteriores al juicio oral[1772]
        - Testigos de referencia[1773]
        - La prueba exclusiva o determinante[1774]
        - Testigos anónimos[1775]
        - Beneficios a testigos[1776]

- CDFUE – TJUE

Ni el art. 47.3 CDFUE[1777], ni el art. 48.2 CDFUE[1778], ni (i) la Directiva 2013/48/UE[1779], sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, (ii) la Directiva (UE) 2016/1919[1780], relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, (iii) la Directiva 2012/13/UE[1781] relativa al derecho a la información en los procesos penales o (iv) la Directiva 2010/64/UE[1782] relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, no contienen una referencia expresa a las personas jurídicas como destinatarias de sus previsiones, pero:

(i) Tampoco tienen referencias expresas a las personas físicas.
(ii) Los términos usados para la determinación de los sujetos a las que son aplicables sus previsiones pueden abarcar a las personas jurídicas (sospechoso o acusado), sin serle de aplicación las referencias asociadas a las personas privadas de libertad (personas detenidas o privadas de libertad).
(iii) No contienen una exclusión de su aplicación a las mismas, con si hace por ejemplo en sus Considerandos 13 a 15 la Directiva (UE) 2016/343[1783], por la que se refuerzan en el proceso penal

[1771] STEDH Bacanu y SC "R" SA c. Rumanía, de 3 de marzo de 2009, apartados 78 a 82, Grande Stevens y otros c. Italia, de 4 de marzo de 2014, apartado 117.
[1772] STEDH SA-Capital OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartados 74 y 75.
[1773] Ibid. apartados 74, 75, 90, 91.
[1774] Ibid. apartados 74 y 75.
[1775] Ibid. apartados 74 y 75.
[1776] Ibid. apartados 74 y 75.
[1777] "*Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*".
[1778] "*Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.*"
[1779] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013.
[1780] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016.
[1781] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012.
[1782] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010.
[1783] Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio

(iv) Las anteriores Directivas se desarrollan a partir del art 82.2 TFUE como normas mínimas aplicables en los Estados miembros a fin de facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, habiendo a su vez la UE desarrollado desde las previsiones del art. 83 la aproximación de la legislación penal de dimensión transfronteriza en la que específicamente reclama la consideración de sospechosos o acusados a las personas jurídicas, al exigir su responsabilidad penal[1784]. Así, el reconocimiento de la

[1784] (i) Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo . (ii) Art. 6 Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. (iii) Art. 17 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. (iv) Art. 6 de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo. (v) Art. 8 de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). (vi) Art. 10 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.
(vii) Art. 12 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. (viii) Art. 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. (ix) Art. 1.7 de la Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (Texto pertinente a efectos del EEE), incorporándose el art. 8 ter a la propia Directiva 2005/35/CE, tras el dictado de la STJUE (Gran Sala) C-440/05, de 23 de octubre de 2007, que anuló la Decisión marco 2005/667/JAI. (x) Art. 5 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. (xi) El derogado (por la Directiva 2013/40/UE) art. 8 de la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. (xii) El derogado (por la Directiva 2011/92/UE) art. 6 de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. (xiii) Art. 5 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. (xiv) El derogado art. 6 de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. (xv) Art. 2 de la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. (xvi) El derogado (por la Directiva 2011/36/UE) art. 4 de la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. (xvii) El derogado (por la Directiva (UE) 2017/541) art. 7 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. (xviii) El derogado (por la Directiva 2019/713/UE) art. 7 de la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago

> aplicación de las normas mínimas desarrolladas a partir del art. 82 en estas Directivas (en la medida de que le sean aplicables y en tanto no excluyan expresamente su aplicación) contribuye a facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza.

Así pues, todos los derechos reconocidos en los anteriores instrumentos deberían ser, en la medida en que estén referidos a sospechoso o acusados y no a personas detenidas o privadas de libertad, reconocidos a las personas jurídicas llamadas al proceso penal.

Desde lo anterior, específicamente el TJUE se ha pronunciado en su reconocimiento a las personas jurídicas de las dimensiones del derecho de defensa, en las siguientes ocasiones:

- En relación al art. 48.2 CDFUE, su aplicabilidad a la actividad administrativa restrictiva de derechos de las personas jurídicas[1785].
- Preparación de la defensa: Acceso a la causa[1786].
- Derecho a la autodefensa y a ser defendido por un abogado / Asistencia legal gratuita:

Señala el TJUE[1787] resolviendo un supuesto de solicitud de exención de tasas y concesión de asistencia jurídica gratuita a una sociedad para iniciar una acción de responsabilidad frente a la republica alemana[1788], señala que no se excluye que el art. 47 CDFUE pueda ser invocado por personas jurídicas y que la asistencia concedida en aplicación de este principio pueda incluir, en particular, la dispensa del pago anticipado de las costas del procedimiento y/o de la asistencia letrada, correspondiendo al juez nacional comprobar si los requisitos para la concesión de la asistencia jurídica gratuita constituyen una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar a la propia esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Al realizar esta apreciación, el juez nacional puede tomar en consideración el objeto del litigio, la existencia de posibilidades razonables de que el demandante salga vencedor del proceso, la importancia que

distintos del efectivo. (xix) El derogado (por la Directiva 2014/62/UE) art. 8 de la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro. (xx) Art. 3 del Segundo Protocolo, de 19 de junio de 1997, (sustituido por la Directiva (UE) 2017/1371 a partir del 6 de julio de 2019) establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas - Declaración conjunta relativa al apartado 2 del artículo 13 - Declaración de la Comisión relativa al artículo 7.

[1785] SSTJUE PI, C-230/18, de 8 de mayo de 2019, apartados 79, 80 y 85; WebMindLicenses Kft, C-419-14, de 17 de diciembre de 2015, apartado 84.

[1786] En un procedimiento administrativo sancionador en materia de IVA, STJUE WebMindLicenses Kft, C-419-14, de 17 de diciembre de 2015, apartado 85.

[1787] STJUE DEB, C-279/09, de 22 de diciembre de 2010, apartados 58 a 62.

[1788] Por adaptación tardía del Derecho interno por parte de dicho Estado miembro a la Directiva 98/30/CE.

para éste tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y del procedimiento aplicables, así como la capacidad del demandante de defender eficazmente su causa. Para valorar la proporcionalidad, el juez nacional puede también tener en cuenta el importe de las costas de procedimiento que deben abonarse por anticipado y si éstas pueden representar o no un obstáculo insuperable al acceso a la justicia. Por lo que respecta más concretamente a las personas jurídicas, el juez nacional puede tomar en consideración la situación de las mismas. De este modo, puede tener en cuenta, en particular, la forma de la persona jurídica en cuestión y si ésta tiene o no ánimo de lucro, los recursos económicos de sus socios o accionistas y la posibilidad de que éstos consigan las cantidades necesarias para ejercitar la acción.

- CE – TC

El TC ha reconocido a las personas jurídicas de forma genérica el derecho a la defensa[1789] y de forma expresa (en relación principalmente a procedimientos administrativos sancionadores) de las siguientes dimensiones del derecho de defensa:

1. Información sobre la naturaleza y la causa de la acusación

El TC lo ha reconocido señalando que lo integra, junto al mandato obvio de poner en conocimiento de quien se ve sometido al ejercicio del ius puniendi del Estado la razón de ello, la existencia de la acusación misma y es, a su vez, instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser condenado por cosa distinta de la que se le acuse y de la que, consecuentemente, no haya podido defenderse[1790].

2. Preparación de la defensa, Plazo adecuado para preparar la defensa

Le ha sido reconocido (aunque denegada la vulneración) a personas jurídicas en procesos de revisión de proclamación de candidaturas políticas[1791].

3. Derecho a la autodefensa y a ser defendido por un abogado / Asistencia legal gratuita

Señala el TC[1792], que el contenido indisponible del derecho a la justicia gratuita sólo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse el "nivel mínimo de subsistencia personal o familiar" al que se refiere el art. 119 CE, y que no es una creación del legislador, a diferencia de las personas jurídicas, declarando ahí que la constitucionalidad de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que excluye de sus beneficios a las sociedades mercantiles. Y

[1789] Por todas STC 47/2019, de 8 de abril, FJ 3.
[1790] STC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5.
[1791] STC 44/2009, de 12 de febrero, FJ 6; 110/2007, de 10 de mayo; SSTC 85/2003, de 8 de mayo; 176/2003, de 10 de octubre; 99/2004, de 27 de mayo; y 68/2005, de 31 de marzo.
[1792] SSTC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 9; 117/1998, de 2 de junio FFJJ 4 y 5

aunque el derecho a la tutela judicial efectiva protege tanto a las personas físicas como a las jurídicas[1793], no debe ser olvidado que la situación de unas y otras es distinta respecto a la gratuidad de la justicia. La Sentencia 117/1998 afirmó que esa diferencia es especialmente predicable de las sociedades mercantiles de capital, que son un tipo de entidades en que el substratum que justifica su personificación jurídica se halla en la existencia de un pacto asociativo dirigido a racionalizar los riesgos de la actividad empresarial, limitando al valor de la aportación social la responsabilidad patrimonial de sus socios, y que deben ser ellos quienes sopesen si les interesa aportar fondos a la sociedad para alcanzar el acceso a la justicia a través de la persona jurídica[1794].

Siendo lo anterior pronunciamientos referidos para jurisdicciones distintas de la penal, no se ha pronunciado el TC aún sobre su aplicación a los sospechosos o acusados personas jurídicas. Partiendo de que nada excluye a las personas jurídicas a las que si se reconoce la asistencia jurídica gratuita[1795] de ser potenciales sospechosos o acusados en un proceso penal, al no estar incluidas en el art. 31 quinquies, desde lo esencial del derecho en cuestión con intervención de letrado preceptiva y desde la prohibición de la discriminación (Protocolo 12 del CEDH), no parece que existan motivos para no reconocer la asistencia jurídica gratuita a la persona jurídica sospechosa o acusada, siempre que se cumplan con los presupuestos cuantitativos legales determinados por la norma[1796].

[1793] SSTC 53/1985, de 20 de junio, FJ 1, y 137/1985, de 17 de octubre, FJ 3.

[1794] STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 7. Esta sentencia ya contenía un voto particular en el siguiente sentido: "*He de admitir que el antiguo "beneficio de pobreza", hoy derecho a la asistencia jurídica gratuita, es de normal utilización por las personas físicas o individuales que tratan de acceder al proceso, pero ello no excluye que pueda o deba ser aplicable a personas jurídicas, sean o no sociedades mercantiles, siempre y cuando se acredite cumplidamente por éstas que su patrimonio alcanza un nivel cuantitativo inferior al módulo establecido, y ello con independencia de que: a) el legislador pueda, para este tipo de personas, elevar el nivel cuantitativo de dicho módulo, con relación al exigido respecto de las personas físicas, y b) que en su aplicación concreta, los órganos administrativos y los Jueces en la función de control jurisdiccional, extremen el rigor de tener por acreditado, en evitación de situaciones fraudulentas, el cumplimiento del requisito. Pero cosa distinta es, como hace el legislador de la Ley 1/1996, excluir de antemano del derecho a las personas jurídicas, salvo las dos concretas del art. 2c) a que se ha hecho repetida alusión, sin justificación constitucional alguna que legitime tal exclusión que, por estas razones, se opone a los arts. 24.1 y 119 de la Constitución. En virtud de lo expuesto, el fallo procedente en el recurso de amparo promovido por "Arquitectura y Rehabilitación Urbana, S.L." debió ser, en mi criterio, de signo positivo, es decir, debió otorgarse el amparo, con la consecuencia, dado lo dispuesto por el art. 55.2 LOTC (lesión, por la aplicación de la Ley 1/1996, del derecho fundamental de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión), de elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del art. 2c) de mencionada Ley, a los efectos procedentes"*.

[1795] Art. 2.c de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita:

1.º Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación

2.º Fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente.

[1796] Art. 3.5 cuando careciendo de patrimonio suficiente el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples.

D. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme conforme a la ley

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 4 Protocolo 7

El protocolo 7 del CEDH[1797] incorpora en su artículo 4 este derecho fundamental[1798], protocolo que se aprobó en su texto en la reunión 374 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (de 21 de junio de 1984), se abrió a la firma de los Estados miembros el 22 de noviembre de 1984 y alcanzó su entrada en vigor el primer día del mes transcurridos dos meses de la séptima ratificación (art. 9.1 del Protocolo 7), el 1 de noviembre de 1988. España lo firmó el 22 de noviembre de 1984, pero no lo ratificó hasta el 16 de septiembre de 2009, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009 (el primer día del mes transcurridos dos meses de la ratificación, art. 9.2 del Protocolo 7)[1799].

En lo que se refiere al derecho que nos ocupa, el Protocolo sólo lo regula en su aplicación nacional, existiendo los siguientes instrumentos que lo integran y regulan en la dimensión internacional (relación entre Estados):

- Art. 9 del Convenio Europeo de Extradición[1800].
- Arts. 53 a 57 del Convenio Europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales[1801].
- Arts. 35 a 37 del Convenio Europeo sobre la Transmisión de procedimiento en materia Penal[1802].

Se trata de un derecho que sólo despliega sus efectos en los procedimientos penales[1803], entendidos éstos desde el concepto autónomo del TEDH (ver

---

[1797] El Protocolo incorpora (i) en su artículo primero las limitaciones a la expulsión de extranjeros con residencia legal en los territorios del Estado, (ii) en su artículo segundo el derecho a la segunda instancia penal, (iii) en su artículo tercero el derecho a la indemnización en caso de condena penal incorrecta, (iv) en su artículo cuarto el derecho que nos ocupa, y (v) en su artículo quinto la igualdad entre esposos.

[1798] "*1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.*
2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.
3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio".

[1799] A fecha de redacción de estas líneas no está ratificado por Noruega y Alemania.

[1800] Paris, 13 de diciembre de 1957. Ratificado por España el 7 de mayo de 1982, y en vigor desde el 5 de agosto de 1982.

[1801] La Haya, 28 de mayo de 1970. Ratificado por España el 2 de septiembre de 1994, y en vigor desde el 3 de diciembre de 1994.

[1802] Estrasburgo, 15 de mayo de 1972. Ratificado por España el 11 de agosto de 1988, y en vigor desde el 12 de noviembre de 1988.

[1803] STEDH (Gran Sala) Mihalache c. Rumanía, de 8 de julio de 2019, apartado 49.

apartado I, subapartado Interpretación autónoma de conceptos por el TEDH), por lo que la situación a considerar será aquella integrada:

- Por un primer proceso de naturaleza penal (Contencioso, Penal o de otro orden pero con las características determinadas por el TEDH para considerar que se está ante un proceso penal) terminado con una absolución o condena.
- Un segundo proceso penal (en los mismos términos del TEDH), afectante a la misma persona del primer proceso.

Y abarca dos dimensiones, proscribiendo (i) sucesivas sanciones de una misma infracción y (ii) sucesivos procesos de una misma infracción.

1. Sucesivas sanciones por una misma infracción (ídem).

La Gran Sala del TEDH[1804] ha determinado que esas situaciones quedan configuradas por los supuestos en los que el segundo procedimiento lo es por **idénticos hechos o por hechos substancialmente iguales afectantes a la misma persona**, superando los criterios de identidad legal de las infracciones[1805] (utilizados para concursos ideales de delitos que no habían sido juzgados en el mismo proceso, con origen en los mismos hechos) o de la identidad de los elementos esenciales de la infracciones para abrazar los actos materiales en detrimento de la derivada calificación de los mismos. Así, el análisis debe centrarse en los hechos que constituyan el conjunto de circunstancias fácticas que afecten a la misma persona y vinculados de forma intrínseca en el espacio y en el tiempo, conjunto de circunstancias que son las que se deben demostrar para alcanzar una condena en un procedimiento penal[1806].

Los términos de comparación se alcanzan del contraste de los fundamentos de hecho de la resolución que pusiera fin al primer proceso con los hechos de la acusación (o que sean objeto de la investigación) del segundo[1807].

2. Sucesivos procesos por una misma infracción (bis)

.
En esta dimensión, el artículo 4 del Protocolo 7 proscribe la repetición de procedimientos penales que hayan concluido con una decisión final, definición que se ubica para las notas explicativas del Protocolo 7[1808] en la adquisición de la fuerza de cosa juzgada, remitiéndose al concepto de "res judicata" contenido en las notas explicativas del Convenio Europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales, que concreta:

[1804] SSTEDH (Gran Sala) Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 82, A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, apartados 102, 108
[1805] STEDH (Gran Sala) Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartados 70 y ss
[1806] STEDH A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, apartados 83 y 84.
[1807] STEDH (Gran Sala) Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 83.
[1808] Apartados 29 y 22.

- Que una decisión/resolución judicial es final si ha adquirido la fuerza de cosa juzgada.
- La fuerza de cosa juzgada se alcanza cuando la resolución final es irrevocable, lo que se produce cuando no caben revisiones o recursos ordinarios frente a la resolución, cuando las partes los hayan agotado o cuando se haya alcanzado la prescripción[1809]. Mientras exista una posible revisión o recurso y no se haya alcanzado el plazo para su interposición, la decisión no posee el carácter de cosa juzgada[1810]. El TEDH excluye en este punto la posible existencia de recursos extraordinarios[1811], requiriendo el principio de seguridad jurídica conocer con un criterio objetivo cuando se puede considerar que se está ante una resolución final en los procedimientos penales, ya que en caso contrario sería sencillo vaciar de contenido este derecho[1812].
- Que el efecto de "res judicata" se aplica a resoluciones de absolución o condena y a penas que (i) ha sido completamente ejecutadas o están en ejecución, (ii) que han sido objeto de perdón o amnistía total o parcial y (iii) que no pueden ejecutarse por el paso del tiempo.

Desde lo anterior, el TEDH ha tratado la diferencia existente entre las versiones auténticas inglesa y francesa en este punto, al señalar el tenor literal de la versión francesa que la decisión final (absolución o condena) debe ser judicial ("*acquitté ou condamné par un jugement*"), mientras que la versión inglesa no lo concreta ("*finally acquitted or convicted*"), dando lugar a la posibilidad de considerar a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 decisiones no judiciales. Y el TEDH ha resuelto que lo que hay que contemplar (en términos análogos a su concepto autónomo de procesos penales) es que la decisión en cuestión ha sido dictada por una autoridad que participe de la administración de justicia del sistema nacional de referencia, y que esa autoridad sea competente en ese sistema nacional para determinar y sancionar comportamientos contrarios a la ley de una persona que ha sido acusada. El hecho de que la decisión no tome forma de pronunciamiento judicial no puede hacer cuestionar la absolución o condena a estos efectos, en tanto ese aspecto procesal o formal no puede afectar a la decisión, lo que sería abarcado por la versión inglesa[1813].

Y, a su vez, el TEDH ha tratado qué deba entenderse por los casos de absolución *("acquittal/acquitteé")* y condena ("convicted/*condamné*") contenidos en el art. 4 del Protocolo 7, sobre los que se deba predicar la "res iudicata": esas palabras hacen referencia a situaciones en las que la responsabilidad penal del acusado se ha tenido que establecer después de una evaluación de las circunstancias del caso por una autoridad investida de capacidad de tomar la decisión con un análisis del fondo del asunto. Esa autoridad deberá haber estudiado o evaluado las pruebas

[1809] STEDH (Gran Sala) Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 83.
[1809] Apartado 107.
[1810] STEDH (Gran Sala) Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 83.
[1810] Apartado 108.
[1811] STEDH (Gran Sala) Mihalache c. Rumanía, de 8 de julio de 2019, apartados 110 a 116.
[1812] STEDH (Gran Sala) Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 116.
[1813] STEDH (Gran Sala) Mihalache c. Rumanía, de 8 de julio de 2019, apartado 95.

del expediente y la participación del demandante en uno o todos los hechos que motivaron la intervención de los órganos de investigación, con el fin de valorar si lo que contiene la decisión es una declaración de responsabilidad penal. La conclusión sobre si ha existido una evaluación de las circunstancias del caso y de la condena o la declaración de inocencia del acusado, debe estar respaldado por el avance alcanzado en el caso concreto que se analice. Cuando una investigación se haya iniciado después de que una acusación se hubiera dirigido frente a la persona investigada, se haya tomado declaración a la víctima, las pruebas hayan sido acumuladas y examinadas por la autoridad competente y una decisión razonada haya sido dictada sobre la base de esas pruebas, se estará en el contexto de apreciar que ha existido una decisión sobre el fondo del asunto. Y cuando se haya impuesto una pena por la autoridad competente por el comportamiento de la persona afectada, puede considerarse que la autoridad competente ha realizado una evaluación de las circunstancias del caso y sobre si el comportamiento de la persona fue legal[1814].

El TEDH ha considerado que no se está ante una decisión final con fuerza de cosa juzgada en casos de absolución o condena:

- En el caso de sobreseimientos ("discontinuance"), no puede considerarse que alcance a una condena o una absolución, y no les es de aplicación el contenido del art. 4 del Protocolo 7[1815].
- En el caso de procedimientos penales asociados a la grave vulneración de derechos fundamentales como los crímenes de guerra contra la población civil que terminen con una amnistía[1816] (en realidad el TEDH[1817] abre la puerta a la existencia de amnistías que si serían válidas a todos los efectos).
- En el caso de decisiones de fiscales de no acusar o perseguir, decisiones que están sujetas a la revisión del Fiscal General en Finlandia[1818].

Partiendo de la existencia de un primer procedimiento con una decisión final con fuerza de cosa juzgada, el art. 4 del Protocolo 7 claramente prohíbe procedimientos consecutivos o sucesivos al anterior que se inicien cuando se ha alcanzado esa decisión final. Y si esa relación no es sucesiva sino paralela, el art. 4 del Protocolo 7 no proscribiría su coexistencia, pero cuando el primero de ellos alcance una decisión final:

- No existirá afectación del art. 4 si alcanzado ese punto se procede al sobreseimiento ("discontinuance") del segundo proceso[1819].
- Si existirá violación del art. 4 en caso de que no se produzca ese sobreseimiento ("discontinuance") del segundo proceso[1820].

[1814] Ibid., apartados 97 y 98.
[1815] STEDH (Gran Sala) Margus c. Croacia, de 27 de mayo de 2014, apartado 120.
[1816] STEDH (Gran Sala) Margus c. Croacia, de 27 de mayo de 2014, apartados 139 a 141.
[1817] En el apartado 139.
[1818] Decisión TEDH Sundqvist c. Finlandia, de 22 de noviembre de 2005.
[1819] Decisión TEDH Zigarella c. Italia, de 3 de octubre de 2002.
[1820] SSTEDH Tomasović c. Croatia, de 18 de octubre de 2011, apartados 29-32; Muslija c. Bosnia y Herzegovina, de 14 de enero de 2014. apartados 36-37; Nykänenc. Finlandia, de 20 de mayo de 2014, apartados 47-54; Glantz c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014, apartados 57 a 64.

Desde lo anterior, no se estaría ante procedimientos consecutivos o duplicidades de procesos en el caso de combinaciones de procesos, que deban ser considerados como una unidad[1821], con un vínculo material y temporal suficientemente estrecho entre los procedimientos[1822], como sucede en el caso de procesos asociados a la conducción de vehículos con exceso de velocidad o bajo la influencia del alcohol, en los que se aplican sanciones administrativas tras las penales pero distintas y complementarias a éstas[1823]. Esos procesos con una conexión cercana en el fondo y en el tiempo pueden darse de forma sucesiva o paralela sin afectación al art. 4 del Protocolo 7.

Si se está ante duplicidad de procesos sin ese vínculo material y temporal suficientemente estrecho entre los procedimientos (como en el caso de procesos penales y administrativos relacionados con el comportamiento tributario de un sujeto, desarrollados de forma autónoma y sucesiva, con análisis de las conductas en ambos procesos, sin que las autoridades y jueces mantengan ninguna relación y sin que ninguna de las sanciones tenga en cuenta a la otra a la hora de modular su severidad[1824]), se produce la vulneración del art. 4 del Protocolo 7 si los procesos son consecutivos o si, siendo paralelos, uno de ellos alcanza la decisión final y el otro no se termina anticipadamente con su sobreseimiento ("discontinuance").

El criterio clave pues resulta el principio del vínculo material y temporal suficientemente estrecho entre los procedimientos, concretando el TEDH que la forma más segura de cumplir con el art. 4 del Protocolo 7 es la existencia de un único proceso permitiendo en su caso la aplicación de la normativa penal y administrativa de forma que las distintas necesidades de la sociedad de responder a la infracción se puedan desarrollar en el marco de un único proceso. El TEDH concreta que el art. 4 del Protocolo 7 no excluye la existencia de dos procesos, con la condición de que los mismos mantengan ese vínculo material y temporal suficientemente estrecho, lo que deberá ser demostrado por los estados[1825]:

- si los diferentes procedimientos persiguen propósitos complementarios y, por lo tanto, abordan, no solo en abstracto sino también en concreto, diferentes aspectos de la conducta indebida;
- si la dualidad de los procedimientos en cuestión es una consecuencia previsible, tanto en la ley como en la práctica, de la misma conducta (idem);
- si los procedimientos se desarrollan de tal manera que se evite en la medida de lo posible cualquier duplicidad en la recopilación y evaluación de las pruebas, en particular mediante una interacción adecuada entre las

[1821] STEDH (Gran Sala) A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, apartados 126 y 142: STEDH Johannesson y otros c. Islandia, de 18 de mayo de 2017, apartado 48;
[1822] STEDH Rivard c Suiza, de 4 de octubre de 2016, apartados 28 a 34.
[1823] STEDH Maszni c. Rumanía, de 21 de septiembre de 2006, apartados 68 a 70
[1824] SSTEDH Häkkä c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014, Nykänen c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014, Glantz c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014, Rinas c. Finlandia, de 27 de enero de 2015
[1825] STEDH (Gran Sala) A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, apartado 132.

distintas autoridades competentes para lograr el establecimiento y uso de unos mismos hechos en ambos procesos[1826];

- Y, sobre todo, si la sanción impuesta en los procedimientos que alcanzan la decisión final en primer lugar es tenida en cuenta por los procesos que alcanzan la decisión final con posterioridad. Y ello porque para prevenir que la persona involucrada tenga que soportar una carga excesiva, es menos probable que suceda si exista un mecanismo de compensación diseñado para garantizar que la cuantificación total de las sanciones impuestas sea proporcional.

3. Reapertura de asuntos

Prevé el apartado segundo del art. 4 del Protocolo 7 la posibilidad de que, siempre que lo prevea la legislación nacional correspondiente, se puedan reabrir procedimientos terminados por decisión final en el caso de nuevos descubrimientos de hechos o defectos fundamentales de los procesos anteriores.

[1826] Por este motivo consideró que existía vulneración del art. 4 del Protocolo 7 el TEDH en STEDH Johannesson y otros c. Irlanda, de 18 de mayo de 2017, apartado 55.

- CDFUE – TJUE: art. 50 CDFUE.

Reconocido en el art. 50 CDFUE[1827] [1828] que posee efecto directo[1829], el principio ne bis in ídem aplica en el Derecho de la Unión tanto en el interior de un mismo Estado miembro como en la relación entre procesos de distintos Estados[1830]. En

[1827] "*Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado* ***en la Unión*** *mediante sentencia penal firme conforme a la ley*".

[1828] Esta previsión de la CDFUE debe ser complementada a su vez con las siguientes previsiones normativas europeas:
Arts. 54 y ss del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985 (en adelante CAAS);
Art. 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, de 25 de julio de 1995;
Art. 10 del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción, de 26 de mayo de 1997;
Art. 7.1.c de la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas;
Art. 8.2.a de la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006 , relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.
Art. 9.1.c de la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea;
Art. 11.1.c de la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 , relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas;
Art. 15.1.c de la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009 , relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional;
Art. 10.1.g de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección;
Art. 11.1.d de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal;
Considerandos 57 y 83 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea;
Arts. 8.1.a y 19.1.a del Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

[1829] STJUE (Gran Sala) XC y otros, C-234/17, de 24 de octubre de 2018, apartado 38, STJUE Garlsson Real Estate y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartados 64 a 68, señalando esta última que "*las disposiciones del Derecho primario que imponen obligaciones precisas e incondicionales y no requieren, para su aplicación, ninguna intervención posterior de las autoridades de la Unión o nacionales crean directamente derechos en favor de los justiciables […] el derecho que el artículo 50 de la Carta confiere a los particulares no está supeditado, según su propio tenor, a ninguna condición y es, por lo tanto, directamente aplicable en un litigio como el litigio principal*".

[1830] Señalan las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales que "*el principio «non bis in idem» se aplica en Derecho de la Unión […], con la precisión de que la regla de la no acumulación se refiere a la acumulación de dos sanciones de la misma naturaleza, en este caso penales. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50, el principio «non bis in idem» no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios Estados miembros, lo que se corresponde con el acervo del Derecho de la Unión (véanse los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003, asunto C-187/01 Gözütok (Rec. 2003, p. I-1345), el artículo 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y el artículo 10 del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción). Las excepciones, bien limitadas, en virtud de las cuales estos convenios permiten*

lo que se refiere a la aplicación del principio en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH[1831]. Por tanto, ha de tenerse en cuenta el artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH para interpretar el artículo 50 CDFUE[1832]

Compartiendo el enfoque hacia la naturaleza de los procesos y sanciones del TEDH, el TJUE ha considerado aplicables las previsiones del art. 50 CDFUE a los procesos asociados a sanciones de carácter penal, con independencia de si los mismos son propios de la jurisdicción penal o administrativa, prohibiendo la acumulación tanto de procedimientos como de sanciones de carácter penal por los mismos hechos y contra la misma persona[1833]. Como corolario del principio de fuerza de cosa juzgada, este principio tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica y la equidad, garantizando que, cuando haya sido acusada y, en su caso, sancionada, la persona afectada tenga la certeza de que no se le enjuiciará de nuevo por la misma infracción[1834].

En relación con la apreciación del carácter penal de procedimientos y sanciones, para el TJUE son pertinentes tres criterios[1835]:

- La calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno,
- La propia naturaleza de la infracción[1836] y,
- La gravedad de la sanción que puede imponerse[1837].

Aunque corresponde al tribunal nacional apreciar, siguiendo estos criterios, si los procedimientos y las sanciones penales y administrativos controvertidos en el

---

a los Estados miembros apartarse del principio «non bis in idem» quedan cubiertas por la cláusula horizontal del apartado 1 del artículo 52 sobre las limitaciones. En lo que se refiere a las situaciones contempladas por el artículo 4 del Protocolo n.o 7, es decir, la aplicación del principio en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH".

[1831] STJUE M, C-398/12, de 5 de junio de 2014, apartado 37.

[1832] STJUE (Gran Sala), Luca Menzi, C-524/15, de 20 de marzo de 2018, apartado 60.

[1833] STJUE Åkerberg Fransson, C-617/10, de 26 de febrero de 2013, apartado 34.

[1834] STJUE Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A, C-617/17, de 3 de abril de 2019, apartado 33.

[1835] SSTJUE Bonda, C-489/10, de 5 de junio de 2012, apartado 37; Åkerberg Fransson, C-617/10, y de 26 de febrero de 2013, apartado 35.

[1836] "*Una sanción con una finalidad represiva presenta un carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta y que la mera circunstancia de que persiga igualmente una finalidad preventiva no puede privarla de la calificación de sanción penal. Como el Abogado General señaló en el punto 64 de sus conclusiones, es propio de las sanciones penales tener por objeto tanto la represión como la prevención de conductas ilícitas. En cambio, una medida que se limite a reparar el perjuicio causado por la infracción de que se trate no reviste carácter penal*", STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 33, Åkerberg Fransson, C-617/10, de 26 de febrero de 2013, apartado 34

[1837] "*En cuanto al tercer criterio, cabe señalar que una sanción administrativa pecuniaria que pueda alcanzar una cantidad de hasta diez veces el producto o el beneficio obtenido mediante la manipulación del mercado es una sanción muy grave, lo que puede corroborar el análisis de que esta sanción tiene carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta, extremo este que, sin embargo, corresponderá comprobar al tribunal remitente*", STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 35.

litigio principal revisten carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta, el TJUE, al resolver una cuestión prejudicial, puede aportar precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación[1838].

Del art. 50 CDFUE se desprende que la protección que confiere el principio ne bis in idem debe beneficiar a las personas que ya hayan sido absueltas[1839] o condenadas mediante sentencia penal firme, incluidas, por consiguiente, aquellas a las que se haya impuesto, mediante tal sentencia, una sanción penal que se haya extinguido posteriormente por efecto de un indulto[1840]. La aplicación del principio non bis in idem presupone, que sea la misma persona la que es objeto de las sanciones o de las actuaciones penales en cuestión[1841], y no se incurre en una vulneración de dicho principio si no es la misma persona la que ha sido sancionada más de una vez por un mismo comportamiento ilícito[1842]. El hecho de que se siga un procedimiento penal contra personas físicas por hechos cometidos como representantes legales de sociedades a las que se habían impuesto sanciones tributarias pecuniarias no vulnera el art. 50 CDFUE al tratarse de personas distintas[1843]. Ha de considerarse que un auto de sobreseimiento dictado después de una instrucción en la que se recabaron y examinaron distintas pruebas ha sido objeto de una apreciación en cuanto al fondo, en la medida en que contiene una decisión definitiva sobre el carácter insuficiente de dichas pruebas y excluye toda posibilidad de que el proceso vuelva a abrirse sobre la base del mismo conjunto de indicios[1844].

1. Sucesivas sanciones por una misma infracción (ídem).

Para el TJUE (en sentido análogo al TEDH y por tanto con aplicación interna entre los estados e interestatal), el criterio pertinente para apreciar la existencia de la misma infracción es el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí que han dado lugar a la absolución o a la condena definitiva de la persona de que se trate. Por lo tanto, el artículo 50 CDFUE prohíbe imponer, por hechos idénticos, varias sanciones de carácter penal a raíz de diferentes procedimientos tramitados a tal efecto. Además, la calificación jurídica de los hechos en el Derecho nacional y el interés jurídico protegido no son pertinentes para constatar la existencia de la misma infracción, ya que el alcance de la protección que confiere el artículo 50 CDFUE no puede variar de un Estado a otro[1845].

[1838] STJUE Mahdi, C 146/14 PPU, de 5 de junio de 2014, apartado 79.
[1839] STJUE (Gran Sala) Enzo Di Puma y otros, C-596/16 y C-597/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 39.
[1840] STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 62.
[1841] STJUE Massimo Orsi y otros, C-217/15 y C-350/15, de 5 de abril de 2017, apartado 17.
[1842] SSTJUE Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, de 7enero de 2004, apartado 338, Coop de France bétail et viande y otros/Comisión, C-101/07 P y C-110/07 P, de 18 de diciembre de 2008, apartado 127.
[1843] STJUE Massimo Orsi y otros, C-217/15 y C-350/15, de 5 de abril de 2017, apartado 23.
[1844] STJUE M, C-398/12, de 5 de junio de 2014, apartado 30.
[1845] STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartados 37 y 38.

La identidad de los hechos materiales se entiende como un conjunto de circunstancias concretas derivadas de acontecimientos que son, en esencia, los mismos, en la medida en que implican al mismo autor y están indisociablemente ligados entre sí en el tiempo y en el espacio[1846]. En cambio, si los hechos materiales no forman tal conjunto, la mera circunstancia de que el órgano jurisdiccional que conoce del segundo procedimiento compruebe que el presunto autor de tales hechos ha actuado con una misma intención criminal no es suficiente para afirmar que existe un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas que esté comprendido en el concepto de los «mismos hechos»[1847].

2. Sucesivos procesos por una misma infracción (bis)

(i) Acumulación de procesos en un Estado

Las autoridades públicas pueden optar legítimamente por respuestas jurídicas complementarias frente a determinadas conductas perjudiciales para la sociedad mediante procedimientos diversos que conformen un conjunto coherente con el que se aborden los distintos aspectos del problema social de que se trate, siempre que estas respuestas jurídicas combinadas no supongan una carga excesiva para la persona afectada[1848]. Así, los Estados miembros pueden instituir la acumulación de sanciones penales y administrativas, respetando los límites dimanantes del Derecho de la Unión y, en particular, los derivados del principio ne bis in ídem garantizado en el artículo 50 CDFUE, que rigen, en virtud del artículo 51, apartado 1, de esta, cuando se aplica dicho Derecho[1849]: una acumulación de procedimientos o de sanciones por los mismos hechos debe, para ser considerada justificada, en particular, cumplir tres requisitos, a saber, en primer lugar, que dicha acumulación no represente una carga excesiva para la persona de que se trate, en segundo lugar, que existan normas claras y precisas que permitan prever qué actos y omisiones pueden ser objeto de una acumulación y, en tercer lugar, que los procedimientos en cuestión se hayan tramitado de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo[1850].

Partiendo de que la tramitación de un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal, fundado en los mismos hechos que un procedimiento previo penal, constituye una limitación del derecho fundamental garantizado en el artículo 50 CDFUE[1851], puede justificarse una limitación del principio ne bis in ídem garantizado en el artículo 50 CDFUE sobre la base del artículo 52.1 y 2 CDFUE, que determina que cualquier limitación del ejercicio de

[1846] STJUE Generalstaatsanwaltschaft Bamberg, C-365/21, de 23 de marzo de 2023, apartado 38.
[1847] STJUE GR, HS, IT, C-726/21, de 12 de octubre de 2023, apartado 76.
[1848] SSTJUE Bpost, C-117/20, de 22 de marzo de 2022, apartado 49; Volkswagen Group Italia SpA y otros, C-27/22, de 14 de septiembre de 2023, apartado 94.
[1849] STJUE (Gran Sala) Enzo Di Puma y otros, C-596/16 y C-597/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 26.
[1850] STJUE Volkswagen Group Italia SpA y otros, C-27/22, de 14 de septiembre de 2023, apartado 96.
[1851] STJUE (Gran Sala) Enzo Di Puma y otros, C-596/16 y C-597/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 40.

los derechos y libertades reconocidos por esta deberá (i) ser establecida por la ley, (ii) respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades y (iii) dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones de esos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás[1852]:

- Una acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal puede justificarse cuando dichos procedimientos y dichas sanciones pretendan (con miras -i.e..-a conseguir la integridad de los mercados financieros de la Unión y la confianza del público en los instrumentos financieros[1853] [1854]), alcanzar metas complementarias que tengan por objeto, en su caso, aspectos diferentes de la misma conducta infractora de que se trate, extremo este que corresponderá comprobar al tribunal nacional[1855].
- En cuanto al respeto del principio de proporcionalidad, este exige que la acumulación de procedimientos y sanciones establecida en una normativa nacional no exceda de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por dicha normativa, entendiéndose que, cuando exista elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas por esta no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos[1856].
- La normativa nacional debe garantizar que las cargas que tal acumulación de procesos produzca para los interesados se limiten a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo[1857], lo que implica que existan normas

[1852] STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 42.

[1853] "*El art. 50 CDFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite tramitar un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal contra una persona en razón de actos ilícitos constitutivos de manipulación del mercado por los que ya se ha pronunciado una condena penal firme contra dicha persona, en la medida en que esta condena pueda, habida cuenta del perjuicio ocasionado a la sociedad por la infracción cometida, ser apta para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria*", STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 63..

[1854] "*(44) En una situación como la controvertida en los litigios principales, la tramitación de un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal excede manifiestamente de lo necesario para alcanzar el objetivo mencionado en el apartado 42 de la presente sentencia, puesto que existe una sentencia penal firme absolutoria en que se declara la falta de elementos constitutivos de la infracción que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2003/6 pretende sancionar. (45) En efecto, ante tal declaración, que tiene fuerza de cosa juzgada también en relación con el procedimiento administrativo, la tramitación de este parece carecer de todo fundamento. Por consiguiente, el artículo 50 de la Carta se opone, en tal situación, a que se tramite un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal, como los que son objeto de los litigios principales, sin perjuicio de la posibilidad, expuesta en el apartado 35 de la presente sentencia, de reabrir, en su caso, el procedimiento penal cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior puedan afectar a la sentencia dictada"* STJUE (Gran Sala) Enzo Di Puma y otros, C-596/16 y C-597/16, de 20 de marzo de 2018, apartados 44 y 45.

[1855] STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 46.

[1856] Ibid. apartado 48.

[1857] Ibid. apartado 54.

que garanticen una coordinación destinada a reducir al mínimo estrictamente necesario la carga adicional que tal acumulación supone para los interesados[1858].

- La acumulación de sanciones de carácter penal debe ir acompañada de normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones refleje la gravedad de la infracción de que se trate, exigencia esta que no solo resulta del artículo 52, apartado 1, de la Carta, sino también del principio de proporcionalidad de las penas enunciado en el artículo 49, apartado 3, de esta. Las referidas normas deben obligar a las autoridades competentes, en caso de que se imponga una segunda sanción, a velar por que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas no exceda de la gravedad de la infracción identificada[1859] [1860].

Con referencia a la STEDH A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, el TJUE incorpora en su valoración de la acumulación de procesos administrativos y penales, el criterio del vínculo material y temporal suficientemente estrecho, aplicándolo a la normativa del IVA de la siguiente forma: el art. 50 CEDH debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual puede incoarse un proceso penal contra una persona por impago del IVA devengado en los plazos legales, cuando ya se ha impuesto a esa persona por los mismos hechos una sanción administrativa irrevocable de carácter penal, siempre que dicha normativa:

- Persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos y sanciones, esto es, la lucha contra las infracciones en materia de IVA, y esos procedimientos y sanciones tengan finalidades complementarias,
- Contenga normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas, y
- Establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate[1861].

[1858] Ibid. apartado 55.

[1859] Ibid. apartado 56.

[1860] "*En el caso de autos, del artículo 21 del Decreto Legislativo n.o 74/2000 parece desprenderse que este no se limita a disponer la suspensión de la ejecución forzosa de las sanciones administrativas de carácter penal durante la tramitación del proceso penal, sino que se opone definitivamente a dicha ejecución después de la condena penal de la persona afectada. Además, según se indica en la resolución de remisión, el pago voluntario de la deuda fiscal, siempre que se refiera también a la sanción administrativa impuesta a la persona afectada, constituye una circunstancia atenuante especial que ha de tenerse en cuenta en el marco del proceso penal. Por tanto, la normativa nacional controvertida en el litigio principal establece condiciones destinadas a garantizar que las autoridades competentes limiten la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas a lo estrictamente necesario en función de la gravedad de la infracción cometida*", STJUE (Gran Sala), Luca Menzi, C-524/15, de 20 de marzo de 2018, apartado 56.

[1861] STJUE (Gran Sala), Luca Menzi, C-524/15, de 20 de marzo de 2018, apartado 63.

(ii) Sucesión de procesos entre Estados

Como se desprende del artículo 54 del CAAS[1862], nadie puede ser perseguido en un Estado miembro por los mismos hechos por los que ya haya sido juzgado mediante resolución firme en otro Estado miembro, siempre que, en caso de condena, la sanción se haya ejecutado, se esté ejecutando o ya no pueda ejecutarse según la legislación de este último Estado. De este modo, la aplicación del principio non bis in idem se supedita a un doble requisito: por una parte, que exista una resolución anterior firme (requisito del «bis») y, por otra parte, que la resolución anterior y los procedimientos o resoluciones posteriores tengan por objeto los mismos hechos (requisito del «idem»)[1863].

En interpretación del término resolución firme del art. 54 CAAS y para apreciar si la misma posee ese carácter como presupuesto de la aplicación de ese artículo y en la actualidad del art. 50 CDFUE, señala el TJUE que hay que comprobar:

- Que el Derecho nacional del Estado contratante cuyas autoridades han adoptado la resolución en cuestión considere ésta como definitiva y obligatoria, y hay que asegurarse de que la misma origine, en ese Estado, la protección conferida por el principio non bis in ídem. Una resolución que, de acuerdo con el Derecho del primer Estado contratante que ha incoado diligencias penales contra una persona, no extingue definitivamente la acción pública en el ámbito nacional[1864] no puede, en principio, constituirse en un impedimento procesal para que en otro Estado contratante se inicien o prosigan diligencias penales por los mismos hechos respecto a dicha persona[1865].
- Es preciso asegurarse, en segundo lugar, de que dicha resolución ha sido adoptada tras una apreciación del fondo del asunto[1866] [1867].
- Y solo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objetivo si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin

[1862] "*Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena*".

[1863] STJUE GR, HS, IT, C-726/21, de 12 de octubre de 2023, apartados 44 y 45.

[1864] STJUE (Gran Sala) Piotr Kossowsk, C-486/14, de 29 de junio de 2016, apartado 34.

[1865] STJUE Vladimir Turanský, C-491/07, de 22 de diciembre de 2008, apartados 35 y 36.

[1866] STJUE (Gran Sala) Piotr Kossowsk, C-486/14, de 29 de junio de 2016, apartado 42, SSTJUE Miraglia, C-469/03, de 10 de marzo de 2005, apartado 30;, M, C-398/12, y de 5 de junio de 2014, apartado 28

[1867] "*No constituye una resolución precedida de una apreciación del fondo del asunto una resolución de sobreseimiento de las diligencias penales como la analizada en el proceso principal, adoptada en una situación en la que el ministerio fiscal dejó de ejercitar la acción pública por el mero motivo de que el inculpado se había negado a declarar y de que la víctima y un testigo de oídas residían en Alemania, de modo que no habían podido ser oídos durante el procedimiento de instrucción y, por tanto, las indicaciones de la víctima no habían podido ser comprobadas, sin que se llevara a cabo una instrucción de mayor profundidad para recoger y examinar las pruebas"*, STJUE (Gran Sala) Piotr Kossowsk, C-486/14, de 29 de junio de 2016, apartado 48.

intervención de un órgano jurisdiccional y no adopten la forma de una sentencia[1868].

Partiendo de la concurrencia de la resolución firme, el art. 54 CAAS[1869] exige (como complemento o limitación del art. 50 CDFUE) que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena. Esta condición adicional contenida en el artículo 54 del CAAS constituye una limitación del principio non bis in idem que es compatible con el artículo 50 CEDH, al estar previsto por una norma (el propio art. 54 CAAS), ser proporcionado[1870] y no exceder de lo necesario para evitar en un contexto transfronterizo la impunidad de las personas condenadas en un Estado miembro de la Unión por una sentencia penal firme[1871].

Al apreciar el respeto del principio non bis in idem enunciado en el artículo 54 del CAAS, el órgano jurisdiccional nacional del segundo Estado miembro, como el órgano jurisdiccional remitente, está obligado a tomar en consideración no solo los hechos expuestos en la parte dispositiva de los escritos procesales comunicados por un primer Estado miembro, sino también los hechos expuestos en los fundamentos de dichos escritos, así como todas las informaciones pertinentes[1872] sobre los hechos materiales objeto de un proceso penal anterior tramitado en el primer Estado miembro y concluido mediante una resolución firme[1873].

El artículo 50 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite mantener una multa de carácter penal impuesta a una persona jurídica por prácticas comerciales desleales en el supuesto de que esa persona haya sido condenada penalmente por los mismos hechos en otro Estado miembro, aun cuando dicha condena sea posterior a la fecha de la resolución por la que se impone la multa, pero haya adquirido firmeza antes de

[1868] STJUE Gözütok y Brügge, C-187/01 y C-385/01, de 11 de febrero de 2003, apartado 38.
[1869] Que tiene por objeto garantizar a una persona que ha sido condenada y ha cumplido su pena, o, en su caso, que ha sido absuelta definitivamente en un Estado miembro, que pueda desplazarse dentro del espacio Schengen sin temor a verse perseguida, por los mismos hechos, en otro Estado miembro, STJUE Volkswagen Group Italia SpA y otros, C-27/22, de 14 de septiembre de 2023, apartado 81.

[1870] El objetivo asignado a la Unión de constituir un espacio de libertad, seguridad y justicia requiere que la Unión se esfuerce por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, y de lucha en su contra, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, y la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS se inserta en ese contexto ya que pretende evitar en el espacio de libertad, seguridad y justicia la impunidad de la que se podrían beneficiar personas condenadas por una sentencia penal firme en un Estado miembro de la Unión.
[1871] STEDH (Gran Sala), Zoran Spasic, C-129/14 PPU, de 27 de mayo de 2014, apartados 57 a 72.
[1872] El artículo 57 del CAAS instaura un marco de cooperación que permite a las autoridades competentes del segundo Estado miembro solicitar la información jurídica pertinente ante las autoridades del primer Estado miembro para aclarar, por ejemplo, la naturaleza exacta de una resolución emitida en el territorio del primer Estado o también los hechos precisos que han sido objeto de esa resolución (STJUE Turanský, C-491/07, de 22 de diciembre de 2008, apartado 37).
[1873] STJUE GR, HS, IT, C-726/21, de 12 de octubre de 2023, apartado 58.

que la sentencia sobre el recurso judicial interpuesto contra esa resolución haya adquirido fuerza de cosa juzgada[1874].

(iii) Procesos paralelos entre Estados

Por último, en este dimensionamiento europeo del derecho fundamental resulta esencial la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, que prevé en su considerando segundo que las medidas en él contenidas "*deben tener como objetivo evitar las situaciones en que una misma persona es objeto de procesos penales paralelos en distintos Estados miembros por los mismos hechos, que podrían llevar a una resolución final de dichos procedimientos en dos o más Estados miembros"*, y que regula la solución a esos proceso paralelos por acuerdo entre las autoridades competentes o a través de Eurojust.

(iv) Derecho de la Competencia de la UE

En asuntos relativos al Derecho de la competencia, la aplicación del principio non bis in idem está supeditada al triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad del interés jurídico protegido[1875].

El principio del non bis in idem no se opone a que la autoridad nacional de defensa de la competencia de un Estado miembro pueda imponer multas a las empresas participantes en un cártel con objeto de sancionar los efectos producidos por la actuación de ese cártel en el territorio de dicho Estado miembro antes de su adhesión a la Unión, siempre que las multas impuestas a los miembros del cártel mediante una decisión de la Comisión dictada antes de que se adoptara la resolución de dicha autoridad nacional de defensa de la competencia no hayan tenido por objeto sancionar esos mismos efectos[1876].

3. Reapertura de asuntos

El TJUE hace referencia expresa al posicionamiento del TEDH en cuanto a la posibilidad de reapertura de procesos concluidos con una decisión final con fuerza de cosa juzgada[1877].

4. Otras cuestiones

El principio non bis in idem solo se aplica a las personas que han sido juzgadas en sentencia firme en un Estado miembro, no alcanza a las personas a las que únicamente se ha tomado declaración en el marco de una investigación penal, como los testigos[1878].

[1874] STJUE Volkswagen Group Italia SpA y otros, C-27/22, de 14 de septiembre de 2023, apartado 77.
[1875] STJUE (Gran Sala) Toshiba Corporation, C-17/10, de 14 de febrero de 2012, apartado 97.
[1876] Ibid. apartado 103.
[1877] STJUE M, C-398/12, de 5 de junio de 2014, apartados 38 y 39.
[1878] STJUE AY, C-268/17, de 25 de julio de 2018, apartado 44.

El principio de non bis in idem, garantizado por el artículo 50 de la Carta, que prohíbe el procesamiento y la imposición de sanciones por una infracción respecto de la cual una persona ya ha sido absuelta o condenada mediante sentencia penal firme, no puede invocarse para impugnar la validez de medidas restrictivas de carácter preventivo [1879].

Si bien el principio non bis in idem, como lo garantiza el Derecho nacional, puede constituir un impedimento para que un Estado miembro procese a aquellas personas cuya extradición se ha solicitado con fines de ejecución de una pena, no es menos cierto que, para evitar el riesgo de que dichas personas queden impunes, existen mecanismos en el Derecho nacional y en el Derecho internacional que permiten que cumplan sus penas, en particular, en el Estado del que son nacionales, aumentando así sus posibilidades de reinserción social tras el cumplimiento de las mismas. [...] Por consiguiente, en relación con las solicitudes de extradición con fines de ejecución de una pena, procede señalar, por un lado, que, aunque es posible que el Estado miembro requerido no pueda procesar a sus propios nacionales, existen no obstante mecanismos para que puedan cumplir su pena en el territorio de dicho Estado miembro. Por otro lado, en cambio, la extradición permite evitar que los ciudadanos de la Unión que no son nacionales de dicho Estado miembro se sustraigan a la ejecución de su pena. [...] Pues bien, en relación con el objetivo de evitar el riesgo de impunidad, los nacionales finlandeses, por una parte, y los nacionales de otros Estados miembros que residen de manera permanente en Finlandia y demuestren así un grado de integración cierto en la sociedad de este Estado, por otra parte, se hallan en una situación comparable (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Wolzenburg, C-123/08, EU:C:2009:616, apartado 67). No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar que el Sr. Raugevicius está comprendido en esa categoría de nacionales de otros Estados miembros. Por lo tanto, los artículos 18 TFUE y 21 TFUE exigen que los nacionales de otros Estados miembros con residencia permanente en Finlandia contra los que un país tercero haya emitido una solicitud de extradición con fines de ejecución de una pena privativa de libertad estén amparados por la norma que prohíbe la extradición de los nacionales finlandeses y puedan cumplir su pena, en las mismas condiciones que estos, en territorio finlandés. En cambio, en caso de que no pueda considerarse que un ciudadano como el Sr. Raugevicius reside de manera permanente en el Estado miembro requerido, la decisión sobre su extradición deberá resolverse con arreglo al Derecho nacional o al Derecho internacional aplicable[1880].

[1879] SSTJUE Afrasiabi y otros, C-72/11, de 21 de diciembre de 2011, apartado 44; Comisión y otros/Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, de 18 de julio de 2013, apartado 132, Islamic Republic of Iran Shipping Line y otros, C-225/17, de 31 de enero de 2019, apartado 59.
[1880] STJUE (Gran Sala) Denis Raugevicius, C-247/17, de 13 de noviembre de 2018, apartados 36 y 46 a 48.

- CE – TC: art. 25 CE -idem- y 24.1 CE -bis-.

En su dimensión material o sustantiva y si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución (el principio en cuestión está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25.1 de la Constitución[1881], está recogido implícitamente en el art. 25.1 CE[1882]). Su contenido se delimita como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento[1883].

Y en su dimensión procesal o formal, el TC rechaza un doble enjuiciamiento penal de la misma conducta, encuadrado como una garantía más de protección del ciudadano frente al ejercicio del ius puniendi penal en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretado en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada[1884] material[1885]. Y la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento "constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea este sustantivo o procesal[1886].

1. Sucesivas sanciones por una misma infracción (ídem).

El principio general del derecho conocido por non bis in idem abarca:

- En una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la **identidad del sujeto, hecho y fundamento[1887]** sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración[1888]. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente

[1881] STC 23/1996, de 14 de febrero, FJ 1.
[1882] STC 200/2012, de 12 de noviembre, FJ 3.
[1883] SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14.
[1884] SSTC 249/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9.
[1885] SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.b; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ
[1886] STC 77/2010, de 19 de octubre, FJ 4 a).
[1887] SSTC 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre. FJ 5, y 204/1996, de 16 de diciembre. FJ 2.
[1888] STC 2/1981, de 3 de enero, FJ 4.

protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado[1889].

- Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea **que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural,** lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una especifica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como «autosuficiente» desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infringirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido[1890].
- La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y **la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de** seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»[1891].

Por el contrario, la agravante de reincidencia del art. 22.8ª CP (antes del código de 1995 art. 10.15 CP) no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 C.P.), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar - discrecionalmente- la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados art. 10.15 C.P.- y con

[1889] STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2.
[1890] STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3 y que señala en el FJ 4 que "*resulta indubitado, por consiguiente, que la Sentencia de instancia ha incurrido en infracción del derecho fundamental del recurrente al non bis in idem, al no haber aplicado el órgano de instancia, como destaca el Ministerio Fiscal, el principio de especialidad rector del concurso de normas (art. 501 C.P.)*".
[1891] SSTC 23/1986, de 14 de febrero, FJ 1; 21/1987, de 19 de febrero.

efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido del injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio de principio non bis in ídem[1892].

Ahora bien, la admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia, entendida en los términos expuestos, no alcanza a supuestos en que el legislador crea un tipo, administrativo o penal, autónomo, prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho infractor, pues en tal caso lo que se castiga realmente son hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, lo que lesiona el principio non bis in idem y, consecuentemente, el artículo 25.1 CE[1893], lo que ha sido considerado:

- En relación al artículo 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, que tipificaba como falta muy grave el hecho de "haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el periodo de un año", considerando que con dicho precepto el legislador había creado un tipo autónomo "sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio non bis in idem"[1894].
- En relación al 136.2 de la Ley 22/2005, de 19 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña ("En el supuesto de comisión reiterada en el plazo de un año de dos infracciones muy graves, declaradas así por resolución firme, o de una infracción muy grave y dos o más graves, o de tres infracciones graves, el Consejo del Audiovisual de Cataluña puede acordar, en el marco del procedimiento sancionador correspondiente, el cese definitivo de la prestación de servicios audiovisuales por parte del responsable")[1895].

2. Sucesivos procesos por una misma infracción (bis)

(i) Sucesión de procesos o procesos paralelos en España

En el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin

[1892] SSTC 150/1991, de 4 de julio, FJ 9; 152/1992, de 19 de octubre.
[1893] STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 5.
[1894] STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 4.
[1895] STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 5, d).

duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme[1896], ámbito que es abarcado por la cosa juzgada material.

Sin que exista duda en el caso de sentencias absolutorias o condenatorias firmes, el eventual efecto de cosa juzgada material de una decisión de sobreseimiento no depende de la calificación definitiva o provisional del archivo, sino de las concretas circunstancias concurrentes en el caso y relativas a que (i) dicha decisión haya sido adoptada una vez que se ha desarrollado un procedimiento penal al que el sujeto haya quedado sometido con la carga y gravosidad que ello implica; (ii) se hayan desarrollado por el órgano encargado de la instrucción de ese procedimiento penal todas las diligencias necesarias y razonables de investigación para determinar el carácter delictivo del hecho y la concreta participación de interesado en el mismo, y (iii) como consecuencia de la firmeza de dicha decisión de archivo, la reapertura quede condicionada a la ponderación de la aparición de nuevos indicios relevantes sobre el carácter delictivo del hecho o de la participación del interesado en el mismo[1897] [1898].

En la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente[1899] [1900].

[1896] STC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2.

[1897] STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 4.

[1898] Además:

- Constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables por la justicia constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurren en error patente ya que, en otro caso, el recurso de amparo se convertiría en una nueva instancia, SSTC 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, y 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2.
- Las decisiones judiciales sobre si ha de dictarse o no un Auto de sobreseimiento y, si así fuera, con base en qué supuestos de los previstos en la Ley -provisional o libre- son cuestiones de legalidad ordinaria que, conforme al art. 117.3 CE, corresponden exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, sobre las que el TC sólo puede intervenir con arreglo a los parámetros antes establecidos, SSTC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3; 72/2006, de 13 de marzo, FJ 2.
- No cabe considerar contrario al artículo 24.1 CE negar el carácter de cosa juzgada material a un sobreseimiento acordado por un órgano judicial cuando no se ha practicado ninguna diligencia encaminada a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos ni tomándose en consideración, para sustentar la decisión de archivo, ningún otro dato que los reflejados en el propio contenido de la denuncia presentada, con fundamento en que en tales supuestos no se ha reiterado el ejercicio del ius puniendi del Estado, con la carga y gravosidad que tal situación le habría originado, SSTC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9; 3/2019, de 14 de enero, FJ 4.
- Por el contrario, no cabe equiparar a esa consideración de resolución sin efectos de cosa juzgada material, una decisión de sobreseimiento adoptada una vez que se habían practicado por el juez todas las diligencias necesarias de investigación, SSTC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9; 3/2019, de 14 de enero, FJ 4.

[1899] STC 77/2010, de 19 de octubre, FJ 4 c).

[1900] Impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta

Y, además, proscribe la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos. La infracción por la Administración del deber de paralizar el procedimiento administrativo sancionador si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos". Por ello, "una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal", de modo que "cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión". En definitiva, de no hacerse así, la subsunción de los hechos en la disposición administrativa quebranta el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE)[1901].

En línea de principio, no cabe retroacción de actuaciones ante la vulneración de algún derecho fundamental de carácter sustancial que asista a las acusaciones, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento no destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional. Pero también ha expresado este Tribunal que el reconocimiento de esa limitación no puede comportar la negación a las acusaciones de la protección constitucional dispensada por el artículo 24 CE, que asimismo les incumbe. Por tal motivo, en un decidido equilibrio entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del artículo 24 CE, se admite constitucionalmente la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que en ese escenario la ausencia de garantías no permite hablar de "proceso" en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la Sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable[1902]. En suma, la excepción afecta a aquellas resoluciones absolutorias

---

contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado, SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4, 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3.

[1901] STC 70/2012, de 16 de abril,

[1902] SSTC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, o 4/2004, de 16 de enero, FJ 4; 1/2019, de 14 de enero, FJ 3.

dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes[1903]. En estos casos de revocación de sentencias penales absolutorias que habilitan la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento el TC puede conocer, mientras el proceso se encuentre pendiente, de impugnaciones dirigidas contra esas resoluciones. En estos casos, la flexibilidad se ha llevado al límite admitiendo que "en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin incurrir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por si la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad. Ahora bien, puesto que la prioridad de la jurisdicción penal se dirige a preservar el principio non bis in idem, la obligación de la Administración de suspender la tramitación del expediente administrativo sancionador tiene como premisa que concurran en los correspondientes procedimientos penal y administrativo una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento.[1904]

(ii) Sucesión de procesos en distintos Estados

La jurisprudencia constitucional no ha objetado la aplicación de la garantía del ne bis in idem procesal al concreto ámbito de la cooperación judicial internacional en los supuestos en que la persona reclamada lo es por hechos que ya hubieran sido objeto de enjuiciamiento penal en España, estableciendo, de modo paralelo a como sucede en derecho interno, la imposibilidad de la entrega del reclamado para un ulterior enjuiciamiento penal en el país reclamante si un primer proceso penal ha concluido en España con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada[1905]. En relación con esta extensión, es preciso destacar que, en el ámbito multilateral, bilateral e interno, es ubicua la cláusula de establecer como causa de denegación obligatoria de la extradición la circunstancia de que la persona reclamada ya haya sido juzgada en España por los mismos hechos que sirven de base a la solicitud de entrega [así, art. 4.5 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva; o art. 9 del Convenio europeo de extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 ("BOE" núm. 136, de 8 de junio de 1982)]. Eso mismo sucede dentro de la normativa comunitaria en que también es una causa de denegación obligatoria tanto en la regulación de la orden europea de detención y entrega (art. 3 de la Decisión marco JAI/584/2002, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; y correlativo art. 32 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea), como en el artículo 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985[1906].

[1903] SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7; 12/2006, de 16 de enero, FJ 2, o 112/2015, de 8 de junio, FJ 4; 1/2019, de 14 de enero, FJ 3.
[1904] SSTC 149/2001, de 27 de julio; 131/2018, de 12 de diciembre, FJ 5; 130/2018, de 12 de diciembre, FJ 5; 129/2018, de 12 de diciembre, FJ 6.
[1905] ATC 365/1997, de 10 de noviembre, FJ 2, STC 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 4
[1906] STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 3.

2. *Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica*

- CEDH – TEDH

El TEDH, en relación a procedimientos en los que se ha sancionado por infracciones fiscales a la empresa y al administrador, no ha considerado que se produzca una vulneración del art. 4 del Protocolo 7 al tratarse de dos entidades legales distintas:

- Y, por tanto, no puede considerarse que se esté ante idénticos hechos o hechos substancialmente iguales afectantes a la misma persona[1907].
- Aunque exista un nexo cercano entre las evasiones fiscales de la compañía y de la persona física[1908].
- Al ser distintas las declaraciones fiscales de la tributación personal de la tributación de la compañía, al hacerse en distintos documentos, pueden haberse hecho en distintos momentos temporales y, en el caso de la compañía, pueden estar involucradas otras personas[1909].

El TEDH concreta como criterios de referencia globales en este aspecto[1910] los asentados en su jurisprudencia para valorar la afectación a los derechos de la persona física de las medidas adoptadas sobre la personas jurídicas y, con ello, su estatus de víctima que le permite solicitar el amparo del TEDH:

- **Cuando la persona física es la única propietaria de la empresa o cuando desarrolla sus negocios a través de la misma**[1911].
- Cuando afectan a los derechos inherentes a las acciones o participaciones, como en el caso de su cancelación o de la obligación de venta o intercambio en condiciones perjudiciales[1912].

- CDFUE – TJUE

El TJUE considera a las personas jurídicas titulares del principio del non bis in ídem, diferenciando como punto de partida sanciones que correspondan a personas físicas y a personas jurídicas. Desde su criterio de exclusivo análisis de sanciones de carácter penal por los mismos hechos y contra la misma persona, considera el TJUE que el hecho de que se siga un procedimiento penal contra personas físicas por hechos cometidos como representantes legales de sociedades a las que se habían impuesto sanciones tributarias pecuniarias no vulnera el art. 50 CDFUE al tratarse de personas distintas[1913].

[1907] STEDH Kiiveri c. Finlandia, de 10 de febrero de 2015, apartado 35.
[1908] Decisión TEDH Isaksen c. Noruega, de 2 de octubre de 2003.
[1909] SSTEDH Pirttimäki c. Finlancia, de 20 de mayo de 2014, apartado 51; Heinanen c. Finlandia, de 6 de enero de 2015, apartado 37.
[1910] Decisión TEDH VP-KULJETUS y otros c. Finlandia, de 6 de enero de 2015, apartado 42.
[1911] STEDH G.J. c. Luxemburgo, de 26 de octubre de 2000, apartado 24.
[1912] Decisiones TEDH Olczak c. Polonia y Offerhaus c. Paises Bajos de 16 de enero de 2001.
[1913] STJUE Massimo Orsi y otros, C-217/15 y C-350/15, de 5 de abril de 2017, apartado 23.

El principio non bis in idem debe ser respetado en los procedimientos para la imposición de multas en el ámbito del Derecho de la competencia, prohibiendo que se condene o se inicie de nuevo un procedimiento sancionador contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable mediante una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso[1914].

De igual forma, artículo 50 CDFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite mantener una multa de carácter penal impuesta a una persona jurídica por prácticas comerciales desleales en el supuesto de que esa persona haya sido condenada penalmente por los mismos hechos en otro Estado miembro, aun cuando dicha condena sea posterior a la fecha de la resolución por la que se impone la multa, pero haya adquirido firmeza antes de que la sentencia sobre el recurso judicial interpuesto contra esa resolución haya adquirido fuerza de cosa juzgada[1915].

Ni el principio non bis in idem ni ningún otro principio de Derecho puede obligar a la Comisión a tener en cuenta los procedimientos y las sanciones de que es objeto una empresa en terceros Estados[1916].

- CE – TC

El TC ha tratado específicamente la aplicación del principio a las personas jurídicas en su vertiente sustantiva y procesal, partiendo en su configuración de los mismos parámetros que para la persona física, la necesaria triple identidad del sujeto, hecho y fundamento.

(i) Bis in ídem en sanciones y procesos de una misma persona jurídica

Ha señalado el TC en relación a hechos anteriores a la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que "*resulta obvio que en el presente caso la sanción administrativa recayó sobre una persona jurídica —la sociedad mercantil Acqua Medicina y Cirugía Estética, S.L.— mientras que el proceso penal se ha dirigido necesariamente contra personas físicas. En efecto, así como en el ámbito administrativo el art. 130.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común prevé la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas por la comisión de hechos constitutivos de infracción administrativa, reconociéndoles, pues, capacidad infractora (en el mismo sentido, STC 246/1991, de 19 de noviembre, FJ 2), por el contrario, en el ámbito penal, hasta la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha regido en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest. Por tanto,* [puede descartarse] *que en el presente caso, dada*

[1914] SSTJUE Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A, C-617/17, de 3 de abril de 2019, apartado 28, Toshiba Corporation y otros, C-17/10, de 14 de febrero de 2012, apartado 94
[1915] STJUE Volkswagen Group Italia SpA y otros, C-27/22, de 14 de septiembre de 2023, apartado 77.
[1916]STJUE InnoLux Corp, C- 231/14, de 9 de julio de 2015, Apartado 75.

la fecha en que acaecieron los hechos, la persona jurídica ya sancionada administrativamente pueda llegar a serlo también en el curso del proceso penal"[1917].

Así el TC reconoce el principio non bis in ídem internamente considerado en el ordenamiento administrativo (sustantivo y procesal), y lo extiende desde la LO 5/2010 al ordenamiento penal y a las relaciones entre ambos ordenamientos.

(ii) Bis in ídem en sanciones y procesos de personas jurídicas y personas físicas (administradores de las anteriores).

El triple parámetro le permite al TC diferenciar el régimen de responsabilidad de la persona física (administrador) y la persona jurídica, de forma que sanciones o procesos -administrativos o penales- de una, no quedan vinculadas, a priori, con la de otro. Así, el TC ha determinado que no es posible apreciar la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, que se erigen en presupuestos de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma[1918].

Sin embargo, el TC incorpora en la STC 70/2012, de 16 de abril (FJ 3) la posibilidad de considerar que exista una identidad real entre la persona jurídica empresario y la física desde la perspectiva del bis in ídem, sin desarrollar mayor concreción del supuesto y negándolo en el caso concreto al no coincidir los administradores de la persona jurídica con los investigados del proceso penal.

E. Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal

1. Delimitación

- CEDH – TEDH: art. 2 Protocolo 7

El protocolo 7 del CEDH[1919] incorpora en su artículo 2 este derecho fundamental[1920], protocolo que se aprobó en su texto en la reunión 374 del

[1917] STC 70/2012, de 16 de abril, FJ 3.
[1918] ATC 357/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; en sentido análogo, no se da la identidad subjetiva entre ambos procesos, toda vez que los acusados en el proceso penal eran dos gerentes de la empresa, mientras que en el expediente administrativo lo era la propia empresa ATC 355/1991, de 25 de noviembre, FJ 5.
[1919] El Protocolo incorpora (i) en su artículo primero las limitaciones a la expulsión de extranjeros con residencia legal en los territorios del Estado, (ii) en su artículo segundo el derecho a la segunda instancia penal, (iii) en su artículo tercero el derecho a la indemnización en caso de condena penal incorrecta, (iv) en su artículo cuarto el derecho que nos ocupa, y (v) en su artículo quinto la igualdad entre esposos.
[1920] "*1. Un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.*

Comité de Ministros del Consejo de Europa (de 21 de junio de 1984), se abrió a la firma de los Estados miembros el 22 de noviembre de 1984 y alcanzó su entrada en vigor el primer día del mes transcurridos dos meses de la séptima ratificación (art. 9.1 del Protocolo 7), el 1 de noviembre de 1988. España lo firmó el 22 de noviembre de 1984, pero no lo ratificó hasta el 16 de septiembre de 2009, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009 (el primer día del mes transcurridos dos meses de la ratificación, art. 9.2 del Protocolo 7)[1921].

Los Estados contratantes disponen en principio de un amplio margen de apreciación para determinar en qué forma se ejerce el derecho garantizado por el art. 2 del protocolo 7 de forma que el examen por parte de una jurisdicción superior de una declaración de culpabilidad o condena puede referirse a ambas cuestiones de hecho y cuestiones de derecho o limitarse únicamente a las cuestiones de derecho[1922]. Además, y específicamente determinado por el apartado 2 del art. 2 del Protocolo 7, el derecho puede ser objeto de excepciones en caso de:

- Infracciones de menor gravedad según las defina la ley, y que las notas explicativas del Protocolo 7 las remite a las distintas de la privación de libertad.
- Cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal; o
- Cuando haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

En cualquier caso, las limitaciones a este derecho contenidas en las legislaciones nacionales deben, de forma análoga a las limitaciones del derecho de acceso a un tribunal (acceso a la jurisdicción), perseguir un fin legítimo y no vulnerar la esencia del derecho[1923].

En la aplicación de las anteriores previsiones sobre procesos españoles, el TEDH señaló para asuntos anteriores a 2009 la falta de ratificación del protocolo[1924] y con posterioridad a la ratificación, y con ocasión de su invocación por no haberse podido practicar prueba en la revisión del Tribunal Supremo de una sentencia dictada por la Audiencia Nacional, que el recurso contra la sentencia de la Audiencia Nacional otorgaba al demandante el derecho a que su declaración de culpabilidad y condena fuese revisada por una jurisdicción superior y ello bastaba para considerar el recurso conforme con los estándares internacionales teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación del que gozan los Estados cuando se

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución".

[1921] A fecha de redacción de estas líneas no está ratificado por Noruega y Alemania.

[1922] SSTEDH Tsvetkova y otros c. Rusia, de 10 de abril de 2018, apartado 179; Rostovtsev c. Ucrania, de 25 de julio de 2017, apartado 27; Kashlev c. Estonia, de 26 de abril de 2016, apartado 53.

[1923] STEDH Rostovtsev c. Ucrania, de 25 de julio de 2017, apartado 27.

[1924] Decisiones TEDH Sanchez Galan c. España, de 12 de abril de 1996, apartado 2; Pineiro Nogueira c. España, de 22 de mayo de 2006, apartado 4

trata de determinar el ámbito de este derecho en concreto. Asimismo, el TEDH manifestó que la sentencia del Tribunal Supremo era susceptible de un examen posterior por el Tribunal Constitucional, lo que confirma el derecho del demandante a una revisión judicial de la sentencia[1925].

- CDFUE – TJUE

No contiene la CDFUE ni legislación derivada ninguna previsión al respecto, ni tampoco existe pronunciamiento del TJUE.

- CE – TC: 24.1

Reconocido por el TC como integrado en el art. 24.1 CE, el derecho a la doble instancia penal resultaría una vertiente de la Tutela Judicial Efectiva garantiza el 'derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado[1926].

El canon de valoración requerido para medir si ha existido vulneración de este derecho a la doble instancia penal incluye también la utilización del principio pro actione, propio del derecho de acceso a la jurisdicción con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican[1927].

El Recurso de casación penal garantiza resulta hábil para materializar el derecho fundamental siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP (y el art. 2 del Protocolo 7 CEDH) se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las

[1925] Decisión TEDH Dorado Baúlde c. España, de 1 de septiembre de 2015, apartados 15 y 16.
[1926] SSTC 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5; 55/2015, de 16 de marzo, FJ 4 b); 16/2011, de 28 de febrero, FJ 3; 13/2014 a 16/2014 inclusive, todas de 30 de enero y en el FJ 2.
[1927] SSTC 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5; 91/2002, de 22 de abril; 11/2003, de 27 de enero; 11/2004, de 9 de febrero.

cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado[1928].

2. *Reconocimiento y contenido del derecho de la persona jurídica*

- CEDH – TEDH

El TEDH ha reconocido sin matiz de forma análoga al art. 6 CEDH, la aplicación del art. 2 del Protocolo 7 a las personas jurídicas[1929].

- CDFUE – TJUE

No contiene la CDFUE ni legislación derivada ninguna previsión al respecto, ni tampoco existe pronunciamiento del TJUE.

- CE – TC

No se ha pronunciado el TC sobre su aplicación a las personas jurídicas.

V. Conclusiones de la primera parte de la investigación

Las conclusiones de esta primera parte de la investigación poseen una dimensión Europea y supranacional, consolidada con la asunción por el TJUE de las dimensiones del CEDH dadas por el TEDH, cuando los derechos reconocidos por la CDFUE coinciden con los del CEDH, y por las previsiones del art. 10.2 CE.

1. Las personas jurídicas son titulares, indiscutiblemente, de derechos fundamentales, y disfrutan de su protección a través de la actividad del TEDH, TJUE y TC, a cuya tutela poseen pleno acceso.

2. En el caso de los derechos denominados sustantivos en esta investigación que definen la identidad jurídica fundamental de las personas jurídicas, estos se estructuran en torno a:

- **La propiedad**, como expresión de la protección de los recursos/posesiones de cuya administración se vale para materializar su libertad.

- **La libertad de la empresa**, como expresión de su capacidad de acción y "*libre desarrollo de su identidad*", lo que alcanza:

  (i) La libertad de disponer de sus recursos/posesiones.
  (ii) La libertad de establecimiento, entendida como la garantía de poder elegir una actividad económica y el mercado en el que establecerse.

[1928] SSTC 16/2011, de 28 de febrero, FJ 3; 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4.
[1929] Decisión TEDH Fortum Oil and Gas OY c. Finlandia, de 12 de noviembre de 2002, apartado 2.

(iii) La libertad contractual: ad extra (clientes y proveedores) y ad intra (trabajadores).
(iv) La libre competencia.

3. Todas las penas aplicables a las personas jurídicas delimitadas por el legislador europeo y español alcanzan a los elementos que las definen jurídicamente de forma fundamental, esto es, su derecho de propiedad y su libertad de empresa:

- **Propiedad**: la multa.
- **Libertad de empresa**: la disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

4. La propiedad de las empresas puede ser objeto de protección específica por parte de la tutela y pronunciamientos del TEDH y del TJUE, pero no del TC. La libertad de empresa puede ser objeto de protección por parte de pronunciamientos del TJUE, pero no del TEDH ni del TC. En el caso del TJUE y del TC, y en relación a procedimientos penales, podrían plantearse cuestiones prejudiciales y recursos de amparo anteriores a sentencia, relacionadas con el fondo y/o con medidas cautelares adoptadas en el procedimiento penal.

5. En el caso de los derechos denominados procesales en esta investigación, es el concepto autónomo del TEDH de acusación en materia penal ("*criminal charge*" en la versión oficial inglesa/"*accusation en matière pénale*" en la versión oficial francesa) el que hace que las personas jurídicas alcancen la titularidad de los derechos procesales estudiados y con ella la protección y tutela del TEDH y, con herencia de su contenido, del TJUE y del TC.

Antes de la incorporación al Código Penal de las responsabilidad penal de las personas jurídicas, éstas eran ya titulares de derechos fundamentales siempre que por la naturaleza de la infracción o por la severidad de la pena se pudiera considerar que se enfrentaran a una acusación en materia penal de acuerdo con el concepto autónomo del CEDH.

Desde la incorporación de penas para las personas jurídicas en el Código penal como consecuencia de su posible declaración de responsabilidad penal, no cabe duda de su titularidad de los derechos fundamentales denominados procesales en esta investigación, cumpliéndose el primero y definitivo de los criterios del concepto autónomo de acusación en materia penal del TEDH.

6. En proyección del principio de igualdad, los términos sospechoso, investigado, procesado o acusado son conceptos que, definiendo derechos, alcanzan a personas físicas y jurídicas.

La proyección de principio de igualdad ante la ley en relación a los derechos denominados procesales en esta investigación reconocidos por el CEDH, la CDFUE y la CE hacen que cualquier diferencia de contenido de los derechos fundamentales procesales asociados al proceso penal entre personas físicas y jurídicas sospechosas, investigadas, procesadas o acusadas que, en su caso, quieran configurar los Estados, deba estar legalmente previsto y justificado.

A falta de esa diferencia legal explícita, debe partirse de la proyección del alcance y contenido de los derechos denominados procesales en esta investigación de las personas físicas y ser reconocido a las personas jurídicas, en todas sus dimensiones y alcance.

Las personas jurídicas son titulares del derecho de defensa con el mismo alcance y contenido que las personas físicas cuando enfrentan un proceso penal, si bien el secreto profesional de los abogados de empresa posee un contenido distinto al de los abogados independientes, no estando garantizada la confidencialidad reforzada.

7. La lógica de la pena y de la punibilidad así como el concepto de persona culpable, conducen a que el principio de legalidad incorpore el vínculo entre la dimensión/elementos materiales de la infracción y la persona que se considere autor de las mismas (culpabilidad).

En el caso de las personas físicas este vínculo sería de naturaleza intelectual (consciencia y voluntad –“mental link”/“lien de nature intellectuelle”-) y sería el que permitiría determinar la responsabilidad en la conducta del autor material, sin el que la pena no estaría justificada.

En el caso de las personas jurídicas esa relación con los elementos materiales de la infracción resultaría de su propia capacidad de infracción de la norma, anclado en el reconocimiento normativo de su capacidad de dirigir el control de la realidad.

La imposición de una pena requiere de esa culpabilidad, superadora de la responsabilidad objetiva.

8. El modelo o estructura de responsabilidad penal de la persona jurídica por el que se opte debe ser previsible desde el contenido del principio de legalidad, que abarca el que un individuo debe poder conocer del texto de la norma complementada de la interpretación judicial y tras haber recibido un apropiado consejo legal, qué acciones u omisiones le harían penalmente responsable y qué pena se le impondría por la actuación u omisión protagonizada, y todo ello en el momento de la comisión de los hechos.

El núcleo actual de los elementos típicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en el mandato normativo europeo a los Estados miembros de que sus ordenamientos incorporen la responsabilidad de las personas jurídicas en las materias y por los delitos que desde 1997 se han ido determinando legislativamente, siempre conforme estructura repetida. La

responsabilidad de las personas jurídicas lo es, en su caso, por los delitos tipificados para las personas físicas cometidos en su provecho y protagonizados:

- Por cualquier persona que tenga una posición directiva basada en:

    - Un poder de representación.
    - La facultad de adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica.
    - La facultad para ejercer el control de la persona jurídica.

- Por parte de una persona sometida a la autoridad de las personas mencionadas en el anterior apartado, cuando la falta de vigilancia o control de éstas haya hecho posible la comisión del delito.

Esta es la fórmula de mínimos que cualquier modelo de responsabilidad penal ha de integrar de acuerdo con el sistema de fuentes establecido.

9. El principio de personalidad de las penas forma parte del principio de legalidad.

En el caso de las personas físicas, este principio abarca el que no se pueda condenar por los hechos de otros, siendo inconcebible desde el requerimiento cualitativo de la norma de la previsibilidad el que se pudiera alcanzar esa responsabilidad por el hecho ajeno.

En el caso de las personas jurídicas, el hecho propio debe ser distinto del de la persona física.

10. Las personas jurídicas son titulares del derecho a la presunción de inocencia, requiriendo la imposición de la pena en un proceso penal la necesaria prueba de la concurrencia del:

- Vínculo objetivo: elementos materiales del modelo de responsabilidad penal que determine el legislador (hecho propio).
- Vínculo subjetivo: capacidad de infracción de la norma y relación de la persona jurídica con la misma, de la que pueda predicarse su culpabilidad.

Las dudas en cuanto a la concurrencia de esos elementos de realidad, deberán ser resueltas en favor de la persona jurídica.

Estas conclusiones constituyen el marco en el que se deberá mover la segunda parte de la investigación, en la que se propondrá el modelo de responsabilidad penal que trate de completar las exigencias propias del principio de legalidad penal y respete y potencie el consenso jurídico fundamental internacional alcanzado en torno a la persona jurídica como sujeto de derechos fundamentales y de responsabilidad penal.

❖ SEGUNDA PARTE

I. Planteamiento de la segunda parte de la investigación

1. Las conclusiones de la primera parte de la investigación nos ubican ante un consenso jurídico internacional importante (al acumular la tradición jurídica fundamental de las personas jurídicas fruto de su tutela por el TEDH, el TJUE y el TC durante más de cuarenta y cinco años) pero también de gran amplitud. Si queremos medir y mejorar el sistema de administración de penas a las personas jurídicas desde el marco de sus derechos fundamentales (como pilares/axiomas/consensos de nuestro sistema jurídico), se debe determinar qué se les puede pedir/exigir a las mismas (responsabilidad por el hecho propio), ser capaces de concretarlo en una norma de forma previsible y con carácter previo a valorar ninguna realidad (tipicidad), y contrastar el anterior referente normativo con lo que se pretenda como ocurrido por las acusaciones y que se pruebe que haya sucedido con base en el resultado que un proceso justo pueda arrojar (presunción de inocencia, culpabilidad y derecho de defensa).

La calidad de la construcción que se proponga vendrá definida por la reducción de la posible arbitrariedad asociada a esas normas, esto es:

- Por el grado de previsibilidad (y posibilidad de cumplimiento) de la expectativa de conducta que contenga la norma.
- Por la precisión en los hechos que se requiera determinar a la acusación para alcanzar una potencial condena.
- Por la posibilidad de prueba de esos hechos concretos y relevantes para la norma, que pudiera practicarse en el proceso.
- Por la posible expresión de la valoración de la anterior prueba que conduzca a los hechos probados, generadores o no de responsabilidad penal.

2. Los esfuerzos de la investigación relacionados con esa meta se concentran en tres áreas:

- Explorar si se puede contribuir a minimizar la arbitrariedad asociada a la vida de la norma (maximizando su previsibilidad y la precisión de la prueba posible y necesaria de los acontecimientos que contemple) mediante factores asociados a la propia naturaleza de la norma como instrumento.
- Alcanzar qué puede ser y hacer la persona jurídica para la norma y el derecho penal y a través de qué parámetros se le puede considerar responsable de acontecimientos.
- Proponer qué selección de los anteriores parámetros y bajo qué formato se pueden integrar en una norma que materialice la utilidad pretendida y vinculada a la imposición de penas, en el marco de los principios axiológicos del ordenamiento afectantes a la persona jurídica alcanzados en la primera parte de la investigación.

II. La importancia del consenso para la efectividad de la norma

A. Introducción

El proceso penal tiene, como presupuesto, una gran protagonista: la norma que determina que penas deben asociarse a concretas conductas. Esa norma, además de tener que ser conocida antes de que se produzca la conducta, debe ser comprensible y precisa, para cumplir con los estándares del principio de legalidad penal.

Lo que se pretende ahora es valorar si existen factores genéricos a tener en cuenta (consustanciales a la norma) al crearlas y aplicarlas que mejoren las relaciones de la norma con la realidad a la que invoca[1930] y con los destinatarios a los que se dirige, aumentando su previsibilidad y disminuyendo la potencial arbitrariedad (dispersión) a la hora de aplicarlas. Y ello se realizará explorando tres vías:

- Las asociadas a que la norma sea un acto de comunicación del lenguaje.
- Las asociadas a la propia norma como objeto de investigación.
- Las asociadas al tipo de lógica que pueda exigir la aplicación de las normas.

B. La norma como acto del habla

1. La norma escrita es una de las posibles expresiones del lenguaje, siendo obligada la referencia a los posicionamientos teóricos del lenguaje y su relación con la aplicación jurídica[1931].

[1930] Siguiendo a GONZALEZ LAGIER (2003), podemos diferenciar entre:

- **Hechos genéricos**. Son clases de hechos, y es la forma en la que se enuncia la norma (pone como ejemplos: las erupciones volcánicas, el descarrilamiento de trenes o las batallas), y es lo que puede conocer el sujeto para quién está diseñada la previsibilidad de la norma antes de actuar.
- **Hechos individuales**, que son los hechos particulares ocurridos (o no) que son los únicos que son objeto de prueba (i.e. la erupción del Etna en julio de 2001, el descarrilamiento del expreso de Irún o la batalla de Trafalgar).

La relación entre ambos confluye, al menos, en el proceso judicial: "*lo que se debe constatar en un proceso judicial es, en primer lugar, si un hecho individual ha tenido lugar y, en segundo lugar, si es un caso de un "hecho genérico" descrito por la norma. El primer paso suele llamarse* ***"prueba" de un hecho*** *y el segundo* ***"calificación normativa***" GONZALEZ LAGIER (2003) pág. 18. El proceso debería ser (i) hecho genérico -ley previa-; (ii) hecho individual -acusación- que encaje en el hecho genérico -si no es descartable de plano sin necesidad de prueba-; y (iii) comprobación del hecho individual (¿verdadero/falso?) a través de la prueba).

[1931] La relación entre el lenguaje y las normas posee una larga trayectoria desde la perspectiva del pensamiento, existiendo tres grandes posiciones acerca de la que pueda ser su relación:

• Concepción sintáctica: aquella que considera que las normas son enunciados, nada distinto del lenguaje.

• Concepción semántica o hilética: aquella que considera que la existencia de las normas es independiente del lenguaje (pueden existir normas que no han sido formuladas en ningún lenguaje siendo la norma una concepción, una entidad abstracta, puramente conceptual), consistiendo en el significado -prescriptivo- de las formulaciones normativas.

• Concepción pragmática o expresiva: aquella que considera que la existencia de las normas no es independiente del lenguaje y que las normas son el resultado de un específico acto del habla. Se opta por esta última concepción.

Ese estado actual de la cuestión parte de la teoría de los actos del habla[1932] de AUSTIN[1933], que amplió el que hasta ese momento era el enfoque analítico del fenómeno lingüístico (los enunciados descriptivos y su consideración como verdaderos o falsos) hacia un terreno mucho más nutritivo, el del **acto ilocucionario y el de la doctrina de las fuerzas ilocucionarias**: "*llevar a cabo un acto al decir algo, como cosa diferente de realizar el acto de decir algo*"[1934], de forma que **la emisión de palabras o frases es una realidad** (acto locucionario[1935] de posible objeto de análisis sintáctico y semántico), **pero la fuerza asociada al acto de decir algo y distinto de la misma debía ser objeto de análisis específico, constituyendo su sentido pragmático.**

Desde ese marco, su discípulo SEARLE[1936] desarrolló los planteamientos de la **teoría de los actos del habla** tratando de alcanzar la expresión de las reglas que gobernaran el lenguaje **como forma de conducta**: "*[…] ofreceré caracterizaciones lingüísticas y, a continuación, explicaré los datos contenidos en esas caracterizaciones formulando las reglas subyacentes*"; […] "*La hipótesis de este libro es, entonces, que* ***hablar un lenguaje es participar en una forma de conducta gobernada por reglas****. Dicho más brevemente:* ***hablar consiste en realizar actos conforme a reglas***"[1937].

Para SEARLE son tres los posibles tipos de actos:

- **Actos de emisión,** que serían los morfemas y las oraciones y **Actos proposicionales,** que serían las expresiones **de referencia** (*"cualquier expresión que sirva para identificar alguna cosa, proceso, evento, acción o cualquier otro género de 'individuo' o 'particular'*[1938], donde se acumulan los problemas de la existencia y la identificación) **y de predicación** ("*el contenido aplicado al objeto"* [1939], donde se tratan los problemas de los universales y la ontología).
- **Actos ilocucionarios:** lo que se hace con el lenguaje, por ejemplo **enunciar, describir, preguntar, mandar, prometer.**

[1932] No enunciada de forma completa o acabada, y referida a través de la compilación de James Opie Urmson del contenido de XII conferencias en Harvard, publicada a título póstumo en 1965 bajo el título "*How to do Things with Words*".
[1933] John Langshaw Austin (1911-1960).
[1934] AUSTIN y URMSON (1990) pág. 65.
[1935] Fonético (ruido), factico (palabras) y rético (lo anterior, con cierto sentido y referencia).
[1936] John Searle.
[1937] SEARLE (1994) págs. 19 y 31.
[1938] "*Las expresiones referenciales apuntan a cosas particulares; responden a las preguntas ¿Quién?¿Qué?¿Cuál?".* SEARLE (1994) pag. 35 y Capítulo IV, que parte de las teorías de Gottlob Frege (1848-1925).
[1939] "*Aquella porción del acto ilocucionario total que determina el contenido aplicado al objeto al que se refiere la expresión sujeto, dejando aparte el modo ilocucionario en el que ese contenido se aplica*." […] "*En el acto ilocucionario total el contenido es la proposición, la función es la fuerza ilocucionaria con la que se presenta la proposición. En el acto de identificar la referencia el contenido es el sentido de, o la descripción identificadora asociada con, la emisión de la expresión referencial; la función es el papel consistente en identificar un objeto para el que se presenta ese sentido"*. Ibid, pag 132.

- **Actos perlocucionarios**[1940]: los efectos que los actos ilocucionarios tienen sobre las acciones, pensamientos o creencias de los oyentes.

Y son dos los posibles tipos de reglas:

- **Reglas regulativas**: que se aplican sobre formas de conducta existentes antes de la regla, regulándolas. Son de la forma "*si Y haz X*".
- **Reglas constitutivas**: que crean o definen nuevas formas de conducta. Serían las reglas del fútbol o del ajedrez. Se juega al fútbol o al ajedrez cuando se actúa de acuerdo con las reglas apropiadas. Son de la forma "*X cuenta como Y en el contexto C*". "*Las reglas regulativas regulan una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas. Las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas*"[1941].

Esos actos y reglas pueden relacionarse con lo que SEARLE denomina hechos brutos y hechos institucionales[1942]:

- **Hechos brutos**: son aquellos en los que la base del conocimiento son simples observaciones empíricas, que registran experiencias sensoriales. "*Los conceptos que componen el conocimiento son esencialmente físicos o, en su versión dualista, que son físicos o mentales. El modelo de conocimiento sistemático de este género es el de las ciencias naturales, y las bases para todo tipo de conocimiento de este género se supone que son simples observaciones empíricas que registran experiencias sensoriales"* [1943].
- **Hechos institucionales**: son aquellos que presuponen la existencia de ciertas instituciones humanas: "*Ciertas formas de conducta constituyen el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García solamente si se da la institución del matrimonio. Similarmente, ciertos movimientos de determinadas personas constituyen el hecho de que el Sporting gane al Rayo por tres tantos a dos solamente si se da la institución del fútbol. Incluso a un nivel más simple, lo que tengo ahora en mi mano es un billete de veinte duros solamente si existe la institución de la moneda. Déjese de lado la institución y todo lo que tendré será un trozo de papel con varias inscripciones color sepia*" [1944].

[1940] Que ya habían sido concretado por Austin: "*Hay un tercer sentido (C), según el cual realizar un acto locucionario, y, con él, un acto ilocucionario, puede ser también realizar un acto de otro tipo. A menudo, e incluso normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio, o de quien emite la expresión, o de otras personas. Y es posible que al decir algo lo hagamos con el propósito, intención o designio de producir tales efectos. Podemos decir entonces, pensando en esto, que quien emite la expresión ha realizado un acto que puede ser descripto haciendo referencia meramente oblicua (C.a), o bien no haciendo referencia alguna (C.b), a la realización del acto locucionario o ilocucionario. Llamaremos a la realización de un acto de este tipo la realización de un acto perlocucionario o perlocución*" AUSTIN y URMSON (1990) Pag 66.

[1941] SEARLE (1994) Pag 43.

[1942] Ibid, pag 58.

[1943] Ibid. pag 59.

[1944] Ibid. pag 60.

Esas instituciones serían sistemas de reglas constitutivas: "*todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma «X cuenta como Y en el contexto C"* [1945]. Por su claridad e importancia, se reproduce lo que SEARLE señala sobre los mismos[1946]: *"A este respecto, examinemos lo inadecuado de la concepción del conocimiento como conocimiento de hechos brutos para dar cuenta de los hechos institucionales. Investiguemos mi tesis de que los conceptos que forman la representación clásica no son lo suficientemente ricos para describir los hechos institucionales. Para ilustrar esta inadecuación, imaginémonos lo que sería describir hechos institucionales en términos puramente brutos. Imaginémonos un grupo de observadores altamente preparados que describen un partido de rugby haciendo solamente enunciados sobre hechos brutos. ¿Qué podrían decir a modo de descripción? Bien, dentro de ciertas áreas podrían decirse bastantes cosas e incluso podrían formularse ciertas 'leyes' utilizando técnicas estadísticas. Por ejemplo, podernos imaginar que después de un período de tiempo nuestro observador descubriría la ley de la agrupación periódica: a intervalos estadísticamente regulares organismos con camisetas del mismo color se agrupan de una manera aproximadamente circular (la melé). Además, a intervalos igualmente regulares, la agrupación circular es seguida por una agrupación lineal (los equipos se alinean para jugar), y el agrupamiento lineal es seguido por el fenómeno de la interpenetración lineal. Tales leyes tendrían carácter estadístico y no hay nada malo en ello. Pero no importa la cantidad de datos de esta clase que imaginemos que recogen nuestros observadores y tampoco importa la cantidad de generalizaciones inductivas que imaginemos que ellos hacen a partir de los datos; con todo, no habrían descrito el juego del rugby.* ***¿Qué es lo que le falta a su descripción? Lo que falta son todos aquellos conceptos que están respaldados por reglas constitutivas, conceptos tales como touchdown, fuera de juego, partido, puntos, etc., y consecuentemente, lo que falta son todos los enunciados verdaderos que pueden hacerse sobre el juego del rugby usando esos conceptos****. Los enunciados que faltan son precisamente lo que describe el fenómeno que se desarrolla en el campo como un partido de rugby. Las otras descripciones, las descripciones de los hechos brutos, pueden explicarse en términos de hechos institucionales.* ***Pero los hechos institucionales pueden explicarse solamente en términos de las reglas constitutivas subyacentes.*** *Nadie, supongo, intentaría hacer una descripción del rugby en términos de hechos brutos, y, sin embargo, por curioso que pueda parecer, ha habido personas que han intentado ofrecer análisis semánticos de los lenguajes, armadas solamente con una estructura conceptual de hechos brutos e ignorando las reglas semánticas que subyacen a las regularidades brutas. Algunos de estos análisis poseen una plausibilidad prima facíe, puesto que existen en la conducta lingüística regularidades susceptibles de ser descubiertas, lo mismo que aparecen regularidades en nuestro imaginario estudio 'científico' del rugby. Pero tal como esas regularidades aparecen, ya sea en términos de correlaciones regulares de estímulo y respuesta (si produzco el ruido, «¿Hay sal aquí?» cuando hay sal a la vista, el sujeto produce el ruido, «SÍ», o bien en términos de correlaciones entre emisiones y estados de cosas (el sonido «Pasa la sal, por favor» se emite en general solamente cuando y donde hay sal a la vista), parece que deben quedar totalmente inexplicadas para cualquiera que sostenga una concepción de la semántica desde el punto de vista de los hechos brutos. La explicación obvia de las*

[1945] Ibid. pag 60.
[1946] Ibid. pags 60 y 61.

regularidades brutas del lenguaje (ciertos ruidos producidos por los humanos tienden a ocurrir en ciertos estados de cosas o en la presencia de ciertos estímulos) consiste en que los hablantes de un lenguaje están participando en una forma de conducta intencional gobernada por reglas. Las reglas dan cuenta de las regularidades exactamente en el mismo sentido en que las reglas del rugby dan cuenta de las regularidades de un partido de rugby, y sin las reglas no parece haber manera de dar cuenta de las regularidades".

2. Desde el anterior marco, SEARLE ancla su hipótesis: "*la estructura semántica de un lenguaje es una realización convencional de* ***conjuntos de reglas constitutivas subyacentes, y que los actos de habla son actos realizados característicamente de acuerdo con esos conjuntos de reglas constitutivas***"[1947]: "*hablar un lenguaje es un asunto consistente en realizar actos de habla de acuerdo con sistemas de reglas constitutivas*"[1948], para, a continuación, tratar de desgranar el contenido de esas reglas constitutivas y para ello se concentra en el **acto ilocucionario de prometer**[1949] (que haría extensivos a otros actos ilocucionarios[1950]), señalado una propuesta de contenido de las reglas constitutivas:

- **Las condiciones:** *"H promete sincera y no defectivamente que p a O si y sólo si se dan las siguientes condiciones 1 –9"* (preparatorias, de sinceridad de contenido proposicional, esenciales)[1951].
- **Las reglas de referencia:** "*H realiza con éxito y no de manera defectiva el acto de habla de la referencia singular definida si y sólo si se dan las siguientes condiciones 1 – 7"* [1952].

[1947] Ibid. pag. 46.
[1948] Ibid. pag 47.
[1949] Ibid. pag 67. "*Dado que un hablante H emite una oración T, en presencia de un oyente O, entonces, al emitir literalmente T, H promete sincera y no defectivamente que p a O si y sólo si se dan las siguientes condiciones 1 -9:*
1 . Se dan las condiciones normales de input (Condiciones normales para la comprensión) y output (Condiciones normales para hablar comprensiblemente).
2. H expresa la proposición de que p al emitir T.
3. Al expresar que p, H predica un acto futuro A de H.
4. O preferida que H hiciese A que no hiciese A , y H cree que O preferiría que él hiciese A que no hiciese A.
5. No es obvio ni para H ni para O, que H hará A en el curso normal de los acontecimientos.
6. H tiene la intención de hacer A.
7. H intenta que la emisión de T le coloque a él bajo la obligación de hacer A .
8. H intenta (i-¡) producir en O el conocimiento (C) de que la emisión de T cuenta como el hecho de colocar a H bajo la obligación de hacer A . H intenta producir C por medio del reconocimiento de i-1, y tiene la intención de que i-1 se reconozca en virtud de (por medio de) el conocimiento que O tiene del significado de T.
9. Las reglas semánticas del dialecto hablado por H y por O son tales que T se emite correcta y sinceramente si y sólo si se dan las condiciones 1-8".
[1950] Ibid. Pag 72.
[1951] Ibid. Pag 67.
[1952] Ibid. pag 101 "*Dado que H emite una expresión R en la presencia de O en un contexto C, entonces en la emisión literal de R, H realiza con éxito y no de manera defectiva el acto de habla de la referencia singular definida si y sólo si se dan las siguientes condiciones 1 – 7:*
1. Se dan las condiciones normales de «input» y «output».
2. La emisión de R ocurre como parte de la emisión de alguna oración (o trozo similar de discurso) T.
3. La emisión de T es la (pretendida) realización de un acto ilocucionario.

- **Las reglas de la predicación**: "*H predica con éxito y de manera no defectiva, P, de un objeto, X, si y sólo si se dan las condiciones siguientes 1-8"* [1953].

SEARLE complementa sus posicionamientos con una taxonomía de actos ilocucionarios, desarrollada sobre (al menos) doce dimensiones de variación en la que los actos ilocucionarios difieren uno de otro: (i) Diferencias en el Objeto (o propósito) del (Tipo de) Acto[1954]; (ii) Diferencias en la Dirección de Ajuste entre las palabras y el mundo[1955]; (iii) Diferencias entre los Estados Psicológicos Expresados[1956]; (iv) Diferencias en la Fuerza o Intensidad con la que se presenta el objeto ilocucionario[1957]; (v) Diferencias en el Status o Posición del Hablante y el Oyente que atañen a la Fuerza Ilocucionaria de la Emisión[1958]; (vi) Diferencias en la manera en que la Emisión se relaciona con los Intereses del Hablante y del Oyente[1959]; (vii) Diferencias en las Relaciones con el resto del Discurso[1960]; (viii) Diferencias en el Contenido proposicional que están determinadas por los

---

*4. **Existe algún objeto X tal que o R contiene una descripción identificadora de X, o H es capaz de completar R con una descripción identificadora de X.***
5. H intenta que la emisión de R aísle o identifique X a O.
6. H intenta que la emisión de R identifique X a O por medio del reconocimiento por parle de O de la intención de H de identificar X e intenta que este reconocimiento se logre por medio del conocimiento que O tiene de las reglas que gobiernan R y su conciencia de C.
7. Las reglas semánticas que gobiernan R son tales que R es correctamente emitida en T en las circunstancias C si y sólo si se dan las condiciones 1-6".

[1953] Ibid. pag 130. *"Dado que H emite una expresión, P, en presencia de O, entonces, en la emisión literal de P, H predica con éxito y de manera no defectiva, P, de un objeto, X, si y sólo si se dan las condiciones siguientes 1-8:*
1. Se dan las condiciones normales de «input» y «output».
2. La emisión de P aparece como parte de la emisión de alguna oración (o trozo similar de discurso) T.
3. La emisión de T es la realización o la pretendida realización de un acto ilocucionario.
4. La emisión de T incluye una referencia con éxito a X.
5. X pertenece a un tipo o categoría tales que es lógicamente posible que P sea verdadero o falso de X.
6. H intenta mediante la emisión de T plantear la cuestión de la verdad o falsedad de P respecto de X (en un cierto modo ilocucionario, modo que será indicado en la oración por el dispositivo indicador de la fuerza ilocucionaria).
7. H intenta producir en O el conocimiento de que la emisión de P plantea la cuestión de la verdad o falsedad de P respecto a X (en un cierto modo ilocucionario), por medio del reconocimiento por parte de O de esta intención; e intenta que este reconocimiento se logre por medio del conocimiento que O tiene del significado de P.
8. Las reglas que gobiernan P son tales que esta expresión se emite correctamente en T si y sólo sí se dan las condiciones 1-7".

[1954] Denomina objeto o propósito de un tipo de ilocución su objeto ilocucionario (el objeto ilocucionario de una orden es el mismo que el de una petición: llevar a los oyentes a hacer algo). Searle, John, "Una taxonomía de los actos ilocucionarios", pág. 45.

[1955] "*Algunas ilocuciones tienen como parte de su objeto ilocucionario el llevar a las palabras (mas estrictamente, su contenido proposicional) a encajar con el mundo, otras el llevar al mundo a encajar con las palabras. Las aserciones pertenecen a la primera categoría, las promesas y ruegos a la segunda*". Ibid., pág. 46, diferenciando entre Dirección de ajuste palabra-a-mundo (↓) y dirección de ajusto mundo-a-palabra (↑).

[1956] Es la condición de sinceridad del acto en los términos de actos de habla. Ibid. pág. 47.

[1957] Ibid. pág. 48.

[1958]Hace referencia a la diferencia que puede existir entre el mandato de un general a un soldado y la sugerencia que puede realizar un soldado a un general. Ibid. pág. 48.

[1959]Es la condición preparatoria en los términos de actos de habla. Ibid., pág. 49.

[1960]Hacen referencia a la emisión con el resto del discurso (recalco, replico, deduzco, etc.). Ibid. pág. 49.

Dispositivos indicadores de fuerza ilocucionaria[1961]; (ix) Diferencias entre aquellos actos que siempre deben ser Actos de Habla y aquellos que pueden ser, pero no necesitan ser, realizados como actos de Habla[1962]; (x) Diferencias entre aquellos Actos que requieren Instituciones extralingüísticas para su realización y aquellos que no[1963]; (xi) Diferencias entre aquellos actos donde el Verbo ilocucionario correspondiente tiene un Uso Realizativo y aquellos donde no lo tiene[1964]; (xii) Diferencias en el estilo de realización del acto ilocucionario[1965].

Y a partir de esas diferencias alcanza las siguientes **categorías básicas de los actos ilocucionarios:**

- **Directivos:** su objeto ilocucionario son intentos del hablante de **llevar al oyente a hacer algo**, siendo verbos de esta clase mandar u ordenar.
- **Declaraciones:** son aquellos que si se realizan con éxito, **garantizan la correspondencia del contenido proposicional con el mundo** [1966] y que, salvo en el caso de declaraciones que refieran al lenguaje mismo[1967], requieren de una institución extralingüística.
- **Representativos:** cuyo objeto ilocucionario es **comprometer al hablante con que algo es el caso, con la verdad de la proposición expresada**. Todos los miembros de la clase de los representativos son evaluables según la dimensión de valoración que incluye verdadero y falso.
- **Comisivos:** cuyo objeto ilocucionario **es comprometer al hablante con algún curso futuro de acción**.
- **Expresivos:** cuyo objeto ilocucionario es expresar el estado psicológico especificado en la condición de sinceridad sobre el estado de cosas contenido especificado en el contenido proposicional. Son verbos de esta clase dar las gracias, pedir disculpas o dar la bienvenida.

3. Alcanzando la actividad judicial, para SEARLE, el proceso judicial [1968] se explica por la relación entre la proposición directiva de la norma (mundo a palabra[1969]), la proposición declarativa de la acusación (palabra a mundo de la acusación) y, tras la actuación judicial, a la proposición representativa judicial (palabra a mundo

---

[1961]Son las diferencias en las condiciones de contenido proposicional en los términos de actos de habla. Ibid. pág. 49.
[1962] Ibid. pág. 49.
[1963] Como en el caso de excomulgar, bautizar o dictar sentencia. Se debe tener una posición especial dentro de una institución extralingüística. Ibid. pág. 51.
[1964] Ibid. pág. 51.
[1965] Ibid. pág. 51.
[1966] "*Si realizo con éxito el acto de nombrarte catedrático, entonces eres catedrático; si realizo con éxito el acto de proclamarte candidato, entonces eres candidato; si realizo con éxito el acto de declarar el estado de guerra, entonces la guerra ha comenzado; si realizo con éxito el acto de casarte, entonces estás casado*"; Ibid. pág. 62.
[1967] "*defino, abrevio, nombro, llamo o estipulo*", Ibid. pág. 64.
[1968] Ocasión para la relación entre el hecho genérico y el hecho individual.
[1969] "*Algunas ilocuciones tienen como parte de su objeto ilocucionario el llevar a las palabras (mas estrictamente, su contenido proposicional) a encajar con el mundo, otras el llevar al mundo a encajar con las palabras. Las aserciones pertenecen a la primera categoría, las promesas y ruegos a la segunda*". Searle, John, "Una taxonomía de los actos ilocucionarios", pág. 46, diferenciando entre Dirección de ajuste palabra-a-mundo (↓) y dirección de ajusto mundo-a-palabra (↑).

institucional): *"Algunos miembros de la clase de las declaraciones se superponen a miembros de la clase de representativos. Esto sucede a causa de que en ciertas situaciones institucionales no solamente llegamos a conocer los hechos, sino que necesitamos una autoridad para asentar una decisión en cuanto a cuáles son los hechos después de que se ha llevado a cabo una investigación factual. La argumentación debe llegar eventualmente a un fin y dar por resultado una decisión y es por esto por lo que tenemos jueces y árbitros. Tanto el juez como el árbitro realizan afirmaciones factuales: "penalti" o "culpable". Tales afirmaciones son evaluables claramente en la dimensión de ajuste palabra-a-mundo. ¿Tocó, realmente, el jugador la pelota dentro del área?¿Cometió el, realmente, el crimen? Son evaluables en la dimensión palabra-a-mundo. Pero, al mismo tiempo, ambas tienen fuerza de declaraciones. […] Algunas instituciones requieren afirmaciones representativas que son emitidas con la fuerza de las declaraciones para que la disputa sobre la verdad de la afirmación pueda llegar a un fin alguna vez y los siguientes pasos institucionales que descansan en el establecimiento de la solución factual puedan proceder: el prisionero es liberado o enviado a la cárcel. A los miembros de esta clase los podemos denominar declaraciones representativas"*[1970].

De acuerdo con estas teorías tendríamos tres actos del habla vinculados a las normas jurídicas:

- Un acto ilocucionario directivo, que buscaría determinados comportamientos, antes de que estos comportamientos pudieran darse o no, y que se contendría en la norma. Se pretende que el mundo (hechos) encaje con las palabras (norma).
- Un acto ilocucionario declarativo, que sería el que contendría la acusación que pretendiera la aplicación de la norma en relación a determinadas realidades. Se pretende que las palabras (acusación) encajen con el mundo (propuesta de hechos).
- Un acto ilocucionario representativo, que sería el desarrollado por el órgano con capacidad para valorar el acto ilocucionario declarativo y señalarlo como verdadero o falso, aplicando sobre lo anterior la norma. Definitivamente se asienta el encaje entre la palabra (hecho probado) y el mundo (sistema institucional de normas).

4. Alcanzada la conexión de las teorías de SEARLE con el proceso judicial, no se pretende en esta parte de la investigación de formular una tesis sobre cuáles sean las reglas constitutivas de los actos ilocucionarios directivos, declarativos o representativos que mejoren la perlocución (el efecto pretendido con el acto ilocucionario de cada una de ellas), sino exclusivamente poner el foco en uno de los elementos que integran su tesis y que nuclearmente define cualquier uso del lenguaje: **la necesaria consideración de la existencia de reglas constitutivas no sólo del lenguaje sino también de la realidad considerada por el lenguaje** (que el mismo debe respetar para alcanzar resultados ilocucionarios -instituciones extralingüísticas-) **y, desde las mismas, la diferencia existente entre hechos brutos**

[1970] ibid. pág. 65.

y los hechos institucionales, requiriendo los segundos de un consenso previo plasmado en las reglas constitutivas.

Por acercarlo al objeto de investigación, si por ejemplo incorporamos a unos observadores a valorar la realidad operada en una empresa a lo largo de un año (periodo a considerar para valorar su relación con sus empleados, proveedores, clientes, con la Agencia Tributaria o con la Tesorería General de la Seguridad Social), podríamos encontrarnos con exactamente la misma situación descrita por SEARLE para el partido de Rugby:

- Si consideramos que nos encontráramos ante **hechos brutos**, veríamos a un conjunto de personas entrando y saliendo a la misma hora en un edificio, entregas de papeles en otro edificio del Estado (o en su página web), actuaciones de personas en entidades bancarias, estampados de firmas en documentos manuscritos en el edificio en el que entran las personas, en otros edificios o a través del ordenador.
- Si consideramos que nos encontráramos ante **hechos institucionales** e incorporamos a la valoración de esa realidad el conocimiento y **el consenso de las ciencias empresariales**, todo el movimiento adquiere un sentido, el estar dominado por el fin de que, de forma continua, los ingresos fueran superiores a los gastos y, cada determinado tiempo, repartir entre los propietarios los resultados de esa actividad.
- Y si incorporamos el conocimiento de las normas jurídicas españolas (sistema constitutivo jurídico, que implican un consenso a través del legislador español -si fuera de otro ordenamiento generaría otra realidad valorativa-) en lugar de entradas de gente a la misma hora valoraríamos el poder de control del empresario y el derecho del trabajador a un horario; en lugar de entregas de papeles en un edificio del estado valoraríamos autodeclaraciones tributarias (o poderes de representación); en lugar de actuaciones de personas en entidades valoraríamos órdenes de pago, y en lugar de estampados de firmas en documentos manuscritos veríamos derechos y obligaciones reciprocas alrededor de una justa causa plasmadas documentalmente en un soporte llamado a regir el tráfico jurídico (contratos).

Así, la existencia de esos consensos previos varía de forma absoluta la realidad que se tiene en cuenta:

- Para el acto ilocucionario directivo (norma), que buscaría determinados comportamientos, antes de que estos comportamientos pudieran darse o no.
- Para el acto ilocucionario declarativo (acusación), que sería el que contendría la acusación que pretendiera la aplicación de la norma en relación a determinadas realidades.
- Para el acto ilocucionario representativo (sentencia), que sería el desarrollado por el órgano con capacidad para valorar el acto ilocucionario representativo al aplicar la norma.

5. La comprensión de la persona jurídica (como realidad existente y como realidad potencial -qué pueda ser en el futuro-) no es un hecho bruto, y, como mínimo,

requiere de la comprensión de un sistema constitutivo marcado por el propio ordenamiento jurídico, siendo:

- El sistema constitutivo fundamental relacionado con la persona jurídica y su vínculo con el proceso penal, y que se encuentra desarrollado en la primera parte de la Tesis.
- El sistema constitutivo de desarrollo, **el contenido en el ordenamiento europeo y de cada país**.

6. Pero existe una pregunta complementaria a resolver: **si debemos considerar a la hora de alcanzar la precisión en la comunicación jurídica referida a la organización empresarial (no sólo a la persona jurídica), además de ese sistema constitutivo normativo, la existencia de normas constitutivas de la realidad y del comportamiento empresarial autónomas y distintas a las previsiones normativas**.

Si la respuesta es negativa, ningún descubrimiento merece la pena ser perseguido en este punto, pues no generaría una mayor precisión de los actos ilocucionarios directivos, declarativos o representativos y no se requeriría de una comprensión de esas reglas constitutivas complementarias para comprender la realidad. El estudio de las normas nos bastaría para alcanzar la precisión e intensidad en los actos ilocucionarios directivos (legislador), declarativos (acusación) o representativos (juzgador).

Ahora bien, si la respuesta es afirmativa, **si existieran algunas reglas constitutivas que explicaran realidades empresariales (y sin cuyo conocimiento esas realidades no serían comprendidas, el hecho institucional no se alcanzaría), tendría todo el sentido profundizar en la comprensión de las mismas porque de conocerse y alcanzarse afectaría a los actos ilocucionarios directivos (precisión del legislador), declarativos (precisión del acusador) y representativos (precisión del juzgador) siendo esa precisión (también ejercitable en sentido inverso al del Acusador por la Defensa mediante actos declarativos) un camino evidente de disminución de la imprecisión de la norma y, con el mismo, de evitación de la arbitrariedad y fortalecimiento de la seguridad jurídica.**

7. En el caso de las personas jurídicas (que son un invento jurídico) resulta claro que hay que estar atentos continuamente al sistema normativo para comprenderlas. Pero no son pocas las señales que nos indican que pueden existir algunas **reglas constitutivas que explicarían realidades de las organizaciones empresariales (que afectaran a la comprensión y uso de los hechos institucionales por tanto) complementarias a ese sistema normativo**:

- Existe un área del conocimiento científico, las ciencias económicas y empresariales y la microeconomía, cuyo objeto de estudio es, específicamente, el descubrimiento de la existencia de reglas (constitutivas) que expliquen realidades y comportamientos empresariales (más allá de las normas jurídicas, que tienen por supuesto en cuenta).
- Cada país posee un sistema normativo distinto y, sin embargo, existen empresas ubicadas y con presencia en varios de ellos que son una realidad

distinta a lo determinan cada uno de los ordenamientos jurídicos que, además, suelen seleccionar en función de sus intereses.
- Existen realidades que pueden considerarse organizaciones empresariales que operan al margen del ordenamiento jurídico y que no están acomodadas a las previsiones normativas y que generan, de igual modo, rendimientos para sus propietarios.

Así, de existir, descubrir algunas reglas constitutivas de las organizaciones empresariales al margen de las previsiones normativas haría que, siguiendo las tesis de SEARLE y si fueran conocidas, compartidas y consideradas por el legislador, por la acusación-defensa y por los Jueces, afectaría a los actos ilocucionarios directivos (precisión del legislador), declarativos (precisión del acusador y de la defensa) y representativos (precisión del juzgador) y sería un camino evidente de disminución de la imprecisión en las anteriores actuaciones y, con el mismo, de evitación de la arbitrariedad en las mismas, esencia de las garantías fundamentales del proceso penal.

8. Al ser el lenguaje una condición de posibilidad de la norma (y ésta el necesario instrumento para la imposición de penas en un estado de derecho), es una clara conclusión para las teorías de los actos del habla **que no conocer y considerar las reglas constitutivas de las realidades tratadas por la norma** (explicativas del comportamiento de esas realidades con independencia del acto del habla), **afecta a la capacidad de conseguir resultados** (actos perlocucionarios) **con esos actos del habla.**

Se continúa con el análisis del resto de parámetros planteados (la norma y la lógica que integra) para ver si permiten acotar más **qué reglas constitutivas que explicaran realidades empresariales (que afectaran a la comprensión y uso de los hechos institucionales por tanto) complementarias al sistema normativo (y necesariamente previas a éste) sería útil investigar, decantar y consensuar.**

C. Los componentes de la norma

1. El lenguaje es una condición de posibilidad de la norma y por ello se ha comenzado por la aproximación del apartado anterior, pero se deben conocer a su vez, de existir, aquellos **aspectos específicos de la norma complementarios a sus componentes comunicativos** que puedan afectar también a su precisión.

La teoría general de las normas de KELSEN[1971, 1972] constituye el referente originario de la cuestión, por lo que el tratamiento de su contenido, en lo que a esta investigación afecta, resulta ineludible. Las ideas de KELSEN parten de una delimitación clara del objeto de la ciencia del derecho: las normas[1973] como

[1971] Hans Kelsen (1881-1973).
[1972] Recogida en "*Allgemeine Theorie der Normen*" que publicó el Instituto Hans Kelsen en 1979 y que fue el resultado de la ordenación en un libro de la obra de Hans Kelsen por su discípulo Rudolf A. Métall (que tampoco llegó a verlo publicado en vida, al fallecer en 1975).
[1973] Y que pueden clasificarse en:

contenedoras de un debido comportamiento humano[1974], resultado de un acto volitivo[1975] normador también humano[1976] y positivo[1977], que relacionan un ser y un deber ser, una realidad con un valor[1978] con cuatro posibles funciones:

- Decretar[1979]: cierta conducta expresando cómo debe ser, siendo:
    - Sinónimo de prescribir y no de describir (se describe algo al decir cómo es, se prescribe algo cuando se expresa cómo debe ser).
    - Posible que comprenda tanto la acción activa como la abstención pasiva de una acción.
    - La misma función que prohibir, pero decretar/prescribir se refiere a la acción, y prohibir a la abstención de la misma acción[1980].
- Permitir[1981]: en sentido positivo (como opuesto a permitir en sentido negativo -que no exista una norma que tenga como objeto esa conducta, que decrete esa conducta o su abstención, lo que en realidad implica la inexistencia de norma-), que opera:
    - Cuando se deroga completamente la vigencia de la norma que decretaba, por otra norma posterior.
    - Cuando se restringe la vigencia de una norma que decreta por otra norma que con la que convive (por ejemplo la norma que castiga al que mata convive con una norma que restringe su vigencia -la deroga- cuando el individuo opera en legítima defensa).
    - Permitir en sentido positivo no es la función directa que cancela o restringe la vigencia de una norma, pero es su función indirecta.

- Individuales (cuando determinan un comportamiento único y específico) o generales (cuando determinan "*un comportamiento debido determinado en el nivel general; por ejemplo, la norma que establece que todos los ladrones deben ser castigados con la cárcel*", KELSEN (1979) pag. 25.
- Categóricas (que establecen un debido comportamiento incondicionalmente) e hipotéticas (que establecen como debido un determinado comportamiento en determinadas condiciones, ibíd. pag. 36). En este punto Kelsen establece un matiz importante para la parte general y la antijuridicidad del derecho penal: "*No sólo es el comportamiento el que está condicionado -tal como podría parecer-, sino también el deber ser (es decir el hecho de que sea debido) de dicho comportamiento. Porque la cuestión es en qué condiciones uno debe comportarse de la manera estipulada en la norma, cuándo es debido tal comportamiento, en qué circunstancias funciona este deber ser, y la norma es válida, o sea, que debe ser observada o aplicada*" ibíd.pag. 37.

[1974]Ibid. pag. 46.

[1975] "*El acto volitivo como acto del ser "tiene" el sentido de un deber ser. Este deber ser es la norma*", ibíd. pag. 43.

[1976] "*Se tienen en consideración como objetos de conocimiento sólo las normas positivas: es decir. las normas establecidas a través de actos volitivos o para ser más exactos. de actos volitivos humanos*". Ibid. pag. 22.

[1977] En contraposición con el derecho natural, sólo pensado: "*Una norma sólo pensada es la consecuencia de un acto volitivo ficticio. a diferencia de una norma positiva. la cual constituye el resultado de un acto volitivo real*". ibid.. pag. 22.

[1978] Ibíd. pag 73. También: "*La norma establece un valor. como ya se dijo. en tanto que "valor" se determina como correspondencia con la norma. y "sin valor" como falta de correspondencia con la misma. La norma sirve de medida de valor en un juicio en el cual se constata una conducta de manera objetiva. Es decir. en una acto netamente cognoscitivo la conducta se juzga como concordante o no concordante con una norma que se supone válida. y en este sentido se valora el acto*", pag. 135.

[1979] Ibíd. pag. 106.

[1980] "*Cada prohibición de una conducta determinada es la prescripción de la abstención de la misma: cada prescripción de una conducta determinada es la prohibición de la abstención de la misma*".

[1981] Ibíd. pag. 107.

- Autorizar[1982]: normas que otorgan el poder a ciertos individuos o órganos de fijar normas y a otros de aplicarlas, de forma que si esos individuos no están autorizados sus actos son nulos, carecen de eficacia jurídica.
- Derogar[1983]: la vigencia de una norma por medio de otra (cancelar).

Ese acto volitivo "*dirigido al comportamiento de otro se expresa mayoritariamente en forma lingüística, es decir, en palabras habladas o escritas. Quien da una orden se propone algo, y espera que el otro entienda este algo. Mediante su orden, él se propone que el otro se deba comportar en una forma determinada. Éste es el sentido de su acto volitivo. El que da la orden tiene que imaginar previamente cómo se debe comportar el otro, o sea, el comportamiento de este último.* ***Él debe saber lo que quiere, qué es lo que quiere del otro. Este conocimiento anterior al querer, que constituye el sentido de un acto de pensamiento, es diferente de aquello que uno se propone a través del acto volitivo****. El que ordena algo espera que el destinatario de la orden* ***entienda el mandato,*** *es decir, que entienda como orden el sentido de la expresión del que ordena, o sea, que sepa:1. Que él debe comportarse en una determinada forma; y 2. Cómo debe comportarse, qué es lo que debe hacer o dejar de hacer.*"[1984].

Para KELSEN los destinatarios directos o inmediatos de las normas legales hipotéticas (que establecen un determinado comportamiento en determinadas condiciones) generales (que determinan un comportamiento genérico) son los individuos que "*están autorizados y, en ciertas condiciones obligados, a disponer y llevar a cabo los actos coercitivos -que operan como sanciones in concreto. Los destinatarios que sólo son indirectos de las normas legales generales son aquellos individuos cuyo comportamiento es la condición de los actos coercitivos que estas normas establecen*" [1985]. Es decir, los destinatarios directos son los jueces y los indirectos quienes protagonicen las condiciones descritas en la norma, que se les aplicará (por los Jueces). Así, el establecimiento del acto coercitivo pasa por dos etapas[1986]:

- Verificación de que la condición determinada en abstracto se ha realizado en concreto. Realizado esto, el Juez debe imponer una nueva norma individual categórica o hipotética (Sentencia -que puede contener penas condicionadas-), en la que se establezca como debido en concreto el acto coercitivo contenido en abstracto en la norma individual.
- Ejecución del acto coercitivo por el destinatario de la nueva norma individual (órganos de ejecución de Sentencias).

[1982] Ibíd. pag. 112.
[1983] Ibíd. pag. 115.
[1984] Ibid. pag. 48.
[1985] Ibid. pag. 48.
[1986] Ibid. pag. 65.

Y, desde lo anterior, se alcanza la autonomía del derecho[1987, 1988]. La norma legal general en realidad es una conexión de dos normas "*de las cuales una establece como debido un determinado comportamiento de parte de los sujetos del derecho y la otra establece como debida para el caso de la violación de esta norma la imposición de un determinado acto coercitivo por parte de un órgano legal. He designado a la segunda norma como primaria y a la mencionada en primer término. norma legal secundaria"* [1989].

Para KELSEN, toda norma general (las que determinan "*un comportamiento debido determinado en el nivel general; por ejemplo, la norma que establece que todos los ladrones deben ser castigados con la cárcel"* o el que robe será castigado con una pena) es siempre hipotética (establecen como debido un determinado comportamiento en determinadas condiciones) y por ello calificar un comportamiento "*como acatamiento o violación de una norma sólo es posible si la condición determinada in abstracto en la norma general se realiza in concreto*"[1990]. "*Para alcanzar una conclusión normativa de lo general a lo particular se necesita una conclusión cuya primera premisa sea una norma general hipotética que, en determinadas condiciones, establezca como debido y en forma completamente general un determinado comportamiento; **cuya segunda premisa sea un enunciado que señale la existencia individual de la condición determinada en la primera premisa**; y cuya frase conclusiva sea una norma individual como debido individualmente, el determinado comportamiento general de la primera premisa. **Eso significa que la norma individual se corresponde con la norma general***" [1991].

Y al tratar la relación entre las normas, KELSEN concreta ese proceso señalando[1992]:

(i) Que la norma general es la norma superior, que contiene tres conceptos:
   i.1. Órgano competente.
   i.2. Concepto de un estado de causa condicionante.
   i.3. Concepto de una prosecución de derecho.

Por ejemplo: "*Si un tribunal competente, es decir, un tribunal, el cual está erigido generalmente en una forma determinada (concepto de órgano competente), ha establecido que un hombre, a causa de su propio comportamiento y conscientemente*

[1987] "*Si se reconoce que las normas del derecho que disponen actos coercitivos -tanto las generales como las individuales- van dirigidas a órganos legales y no -o, al menos no directamente- a personas, cuyo comportamiento es condición para dichos actos coercitivos, y si no se retrotrae la "autonomía" a la generación de las normas, sino a su aplicación, entonces también se puede hablar de una autonomía del derecho: en la medida en que sea posible la aplicación de las normas legales generales a los casos concretos sólo por el camino del reconocimiento de estas normas por parte de los órganos aplicadores de derecho. Pero en referencia a las personas cuyo comportamiento es condición para los actos coercitivos*" ibíd. pag. 67.

[1988] "*Que las normas de derecho generales están formuladas clara e inequívocamente, por lo cual no se tiene en consideración el frecuente argumento de que una lógica conclusión no sería posible cuando la norma de derecho general esté formulada en forma muy vaga*" Ibidem 235.

[1989] Iibid. pag. 68.

[1990] Ibid. pag. 60

[1991] Ibid. pag. 229.

[1992] Ibid. pag. 257.

ha ocasionado la muerte a otro hombre (concepto de homicidio), el órgano competente debe establecer una norma individual que prescribe que ese hombre (de cada hombre de quien se haya establecido que ha cometido un homicidio) debe ser colgado (concepto de pena de muerte)".

(ii) Que la norma individual es la norma inferior, que ha de concordar con la norma general, lo que sucede:

ii.1. Si está establecida por un órgano individualmente determinado autorizado en la norma general a establecer la norma individual.
ii.2. Si la construcción del estado de causa determinado individualmente establecido por el órgano competente[1993] **puede estar subyacente** al concepto de un estado de causa condicionante en la norma general.
ii.3. Si la construcción de la prosecución de derecho establecida como debida en la norma individual **puede estar subyacente** al concepto de una prosecución de derecho contenida en la norma general.

Y ese proceso puede concluir declarando la subyacencia o no del estado de la causa, siendo este segundo supuesto "*el caso de cuando el órgano que emplea el derecho, particularmente el juez, debe decidir, apuntando a un derecho positivo, de que no debe reaccionarse con acto de coacción alguno sobre un estado de causa concreto y establecido por él -es decir, recusar la demanda, absolver al demandado- cuando ese estado de causa concreto, **desde el punto de vista del órgano que emplea el derecho**, **no está subyacente en una norma general en un determinado estado de causa abstracto, cuando no existe vinculación de alguna norma de derecho general, originada por la legislación o por la costumbre, con una determinada prosecución de derecho abstracta aplicado al estado de causa establecido por el órgano que emplea el derecho. O sea, cuando se expresa que hay un vacío en el derecho".* **[…] "***Entonces. cuando en dicho caso el juez tiene que recusar la demanda, absolver al demandado, **también tiene que establecer una norma individual**, a saber: que no se debe establecer acto de coacción alguno (en la forma de sanción) contra el acusador o contra el acusado; eso sucede en el empleo del derecho vigente*" [1994].

Así, para KELSEN la relación entre el enunciado propuesto y la norma general hipotética de aplicación considerada (o cualquier otra) puede afirmarse o descartarse (vacío en el derecho) en base al criterio de la subyacencia de lo particular en lo general[1995], **<u>como relación lógica pero no como conclusión</u>:** "*En*

[1993] "*Esta diferenciación terminológica es superflua. La diferencia a la que aquí se arriba reside en que el estado de causa al que es vinculada la proseción de derecho por parte del órgano que emplea el derecho empleando la norma general. es determinado generalmente, o lo que viene a ser lo mismo, determinado en forma abstracta; es decir. que la norma general contiene el concepto de un estado de causa. mientras que el órgano que emplea el derecho determina la existencia de un estado de causa individual, o lo que viene a ser lo mismo. establece un estado de causa concreto. Si el concepto de homicidio contenido en la norma general es el concepto de un "estado de causa". también el concepto de que Maier ha asesinado a Schulze establecido por el órgano que emplea el derecho, es el concepto de un "estado de causa" -concreto-*", ibid. nota 177, pág. 378, sobre la diferencia de HELLER entre estado de la cosa de la norma general y el comportamiento de la cosa de la norma individual.
[1994] Ibid. pág. 225.
[1995] Ibid. pág. 218.

tanto la relación de concordancia que existe entre dos normas sea una relación de subyacencia. ésta es la lógica relación que existe entre el concepto más general (abstracto) y el concepto menos general (abstracto), o entre el concepto más general (abstracto) y una construcción concreta (concepto individual). Lo que está subsumido no es la norma inferior bajo la norma superior, ya que la norma superior no es concepto alguno, sino un objeto concreto del conocimiento ético o jurídico. Pero al ser construida la norma en una frase, ella puede contener conceptos bajo los cuales pueden ser subsumidos conceptos contenidos en otras normas o construcciones concretas de estados de causa individualmente determinados y prosecuciones de derecho individualmente determinadas instituidas como lo debido. ***En cuanto tal subyacencia es un método lógico de pensamiento****, el cual tiene lugar en el fundamento de la vigencia de una norma a través de la vigencia de otra norma, la lógica es empleable en la relación entre dos normas. Esa relación no es conclusión alguna, pero sí una relación lógica"*. En otros términos y "*formulado precisamente: si el* ***sustrato modal*** *indiferente del comportamiento enunciado como que es, se asemeja al sustrato modal indiferente del comportamiento establecido en una norma como debido*"[1996].

Desde su positivismo, confluye pues en KELSEN la posible fortaleza en la aplicación de la norma con la fuerza de la lógica, y la calidad de la relación entre el hecho genérico y el hecho individual[1997] procedería **de la calidad de esa operación lógica de subyacencia.**

2. De necesaria referencia (pese a no ser jurista), VON WRIGHT[1998] posee un lugar privilegiado en el tratamiento teórico de las normas, que parte de los siguientes posicionamientos:

- **Dualismo metodológico**: VON WRIGHT considera necesario el dualismo metodológico[1999] frente al monismo[2000], por ser las explicaciones teleológicas las únicas que tienen en cuenta el elemento esencial, intrínseco, de la acción que llamamos intención.
- **Relación entre el lenguaje y las normas:** para VON WRIGHT existe una noción de norma primaria (anterior a la noción de formulación de norma), que sirve para determinar si una norma se usa como formulación de norma o no[2001], pero la existencia de las prescripciones depende del lenguaje[2002, 2003].

Desde lo anterior, VON WRIGHT diferencia y clasifica tres tipos de normas[2004]:

[1996] Ibid. pág. 218.
[1997] KELSEN partía de la calidad del hecho genérico, sin concebir que pudiera ser indeterminado.
[1998] Georg Henrik von Wright (1916-2003).
[1999] Que sostiene que en las disciplinas sociales deben aplicarse modelos específicos para las mismas.
[2000] Que propone aplicar a las disciplinas sociales los modelos de la filosofía de las ciencias naturales.
[2001] VON WRIGHT, G.H.; GARCÍA FERRERO, P. (1979) pág. 118.
[2002] Ibid. pág. 110.
[2003] Por ello GONZÁLEZ LAGIER manifiesta que podría considerarse que se ubica en la posición pragmática o expresiva.
[2004] VON WRIGHT relaciona a su vez como existentes las reglas ideales, los principios morales y las costumbres, siendo híbridos de las tres categorías normativas:

- **Reglas en sentido estricto (normas definitorias)**: jugar, hablar y razonar están guiadas por unas normas que ni son prescriptivas ni son descriptivas, sino que son normas que determinan la actividad. O se siguen o no se está realizando esa actividad[2005]: Coincidiendo con las normas constitutivas de SEARLE[2006], poseerían una doble dimensión[2007]: (i) constitutiva u ontológica, en el sentido de que sin estas reglas el juego no existiría; y (ii) regulativa, en el sentido de que el jugador queda limitado por las regla que definen el juego si quiere jugar al mismo.
- **Reglas técnicas (o directrices):** son aquellas que "*guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin"*[2008], no imponiendo ningún fin pero si los medios para conseguir los fines: "*si quieres hacer una cabaña habitable, tienes que calentarla*" [2009]. Son distintas a (i) las normas hipotéticas, relativas a lo que debe hacerse si ocurre una determinada contingencia (y que son prescriptivas: si sucede A tienes que B); (ii) de las proposiciones anankásticas, que afirma (de forma descriptiva) que una cosa es condición necesaria para un resultado (y que pueden valorarse como verdaderas o falsas: para alcanzar A, tienes que B), sería el fundamento de una norma técnica (comprobada su veracidad, se alcanza la regla técnica); y (iii) de las necesidades prácticas, que es la que surge de la combinación del deseo de un determinado fin con el conocimiento de los medios necesarios para alcanzar ese fin[2010].
- **Reglas prescriptivas (o regulaciones)**: son aquellas dadas por la voluntad de un dador de normas (autoridad normativa) destinadas a algún agente o agentes (sujeto normativo), a través de las cuales manifiesta su voluntad de que el sujeto se comporte de una manera determinada, añadiendo una sanción amenaza o castigo para dar efectividad a su voluntad[2011].

Delimitado de esa forma el campo de análisis, VON WRIGHT centra su teoría general en las terceras, en las prescripciones, fijando el siguiente contenido de las mismas:

- Reglas ideales (perfecto soldado, ideal de maestro): se asemejan a las reglas técnicas y las reglas definitorias.
- Principios morales: reglas técnicas o directrices dirigidas al logro de ciertos fines relacionados con el bien y el mal.
- Costumbres: hábitos sociales "*patrones de conducta para los miembros de una comunidad; la comunidad los adquiere en el curso de su historia, y son más bien impuestos a sus miembros que adquiridos por éstos individualmente*", VON WRIGHT, G.H.; GARCÍA FERRERO, P. (1979) pág. 27.

[2005] GONZÁLEZ LAGIER (1994) pág. 262.

[2006] En realidad VON WRIGHT criticaría la posición de SEARLE con respecto a la posibilidad de que a través de las normas constitutivas se alcanzaran, desde enunciados descriptivos, proposiciones prescriptivas (pasar del mundo del ser al mundo del deber ser -falacia naturalista-), señalando que en realidad SEARLE estaría alcanzando deberes técnicos, no prescriptivos, de enunciados descriptivos en unión de deberes deónticos.Ibid. pág. 269.

[2007] Ibid. pág. 262.

[2008] Ibid. pág. 285, con referencia (nota al pie 48) a Von Wright, Norma y acción, pág. 29.

[2009] Ibid. pág. 285.

[2010] Ibid. pág. 287.

[2011] VON WRIGHT, G.H.; GARCÍA FERRERO, P. (1979) pág. 27.

- **Los operadores deónticos: <u>Prohibición, Obligación</u>**, Indiferencia, Compatibilidad, Incompatibilidad y Compromiso.
- **La condición de aplicación:** "*aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de la norma dada (excluidas las reglas ideales)*[2012]*"*, permitiendo diferenciar entre:
    - Normas categóricas: aquella cuya "*condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición*" [2013].
    - Normas hipotéticas: aquella cuya "*condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y alguna otra condición adicional*" [2014].
- **La autoridad:** es el agente que emite la prescripción, mediante la acción normativa, permitiendo diferenciar entre:
    - Normas teónomas: cuando el agente es supraempírico.
    - Normas positivas: cuando el agente es un sujeto empírico.
    - Normas heterónomas: cuando un agente se las da a otro.
    - Normas autónomas: cuando un agente se las da a sí mismo.
- **El sujeto normativo:** a quienes la prescripción se dirige o da, permitiendo diferenciar entre:
    - Prescripciones particulares: dirigidas a un individuo específico.
    - Prescripciones generales: dirigidas a todos los miembros de una clase o a todos los hombres en general.
- **La ocasión:** localización, es decir, lugar o lapso en el tiempo, permitiendo diferenciar entre:
    - Prescripciones particulares en relación con la ocasión: aquellas que ordenan o permiten en una ocasión específica.
    - Prescripciones generales en relación con la ocasión: aquellas que ordenan o permiten en un número ilimitado de ocasiones.

Además de los anteriores criterios, VON WRIGHT trata la validez de las normas (como realidad distinta de su existencia -cuestión fáctica-, pueden existir sin ser válidas) desde una perspectiva normativa. La validez de las normas depende de las cadenas de subordinación normativa: las normas de orden superior permiten la promulgación de otras normas y normas subordinadas deben ser promulgadas de acuerdo -o no, norma existente pero inválida- con esas autorizaciones.

Y, como KELSEN, **acaba centrando sus esfuerzos y desarrollando <u>la lógica específica que pueda existir en las normas</u>, denominándola <u>lógica deóntica</u>.**

3. De acuerdo con los anteriores, la fuerza de la norma radicaría:

- En el respeto de las propias normas al sistema de reconocimiento de autoridad para su generación y aplicación (Garantía formal del principio de legalidad);
- En su relación con la intensidad alcanzada como acto del habla (apartado anterior); y

[2012] Ibid. pág. 90.
[2013] Ibid. pág. 91.
[2014] Ibid. pág. 91.

- **En <u>la lógica que se esconde en las normas,</u> lo que se acomete a continuación.**

D. La lógica en las normas

1. La primera expresión de lo que conocemos como lógica es la constituida por la lógica clásica o proposicional, que tiene por objeto el tratamiento de las relaciones entre distintas proposiciones/enunciados, de forma que partiendo de unas determinadas premisas se puede llegar deductivamente a una conclusión que no se tenía antes de que operara la lógica: si ocurren las premisas, entonces ocurre la conclusión; y si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión también será verdadera[2015]. En el caso de la lógica proposicional[2016], esta se integra de:

- Las variables proposicionales: las proposiciones se representan con variables (p), a las que se asigna el valor 1 (verdadero) y 0 (falso). Por ejemplo "suena música" (p) y se le asigna el valor 1 si es así, y 0 si no es así. Se pueden considerar varias proposiciones (p, q, s, etc....)
- Los conectores u operadores, que pueden ser:
    - La negación (monádica, porque sólo se refiere a una proposición)"[2017].
    - Conjunción (diádica, porque se refiere a varias proposiciones)[2018].
    - Disyunción o suma lógica (diádica)[2019].
    - Condicional (diádica)[2020].
    - Bicondicional (diádica)[2021].

[2015] Sobre esa lógica clásica (básica) se construye a su vez la lógica de predicados, que contempla premisas con sujetos y predicados, en la que se contempla si los distintos individuos de los que se trata poseen o no una determinada propiedad que caracteriza a la clase de individuos que se está considerando.

[2016] Junto con los anteriores cálculos lógicos conviven los sistemas axiomáticos, que consiste en partir de un conjunto de axiomas que se aceptan sin prueba (por autoevidencia), deduciendo todas las verdades que se deriven de los mismos, denominándose teoremas, a través de cálculos lógicos.

[2017] -Expresa lo contrario de la proposición.

-Se representa por – o ¬ o ~. Siendo p "suena música", ¬p es "no suena música". Si el valor de p era 1, el valor de ¬p es 0; y a la inversa si el valor de p es 0, el valor de ¬p es 1.

[2018] -Expresa cualquier forma de unión conjuntiva del lenguaje natural.

- Se representa por ∧ o &: Siendo p "suena música" y q "la fiera está amansada", p ∧ q es suena música y la fiera está amansada.

[2019] - Engloba la disyunción exclusiva (que expresa que o se da una proposición o la otra) y la inclusiva (que expresa que o se da una u otra o ambas a la vez).

- Se representa:

•La disyunción inclusiva por ∨: Siendo p "suena música" y q "la fiera está amansada", p ∨ q engloba:
    - o Suena música y la fiera está amansada.
    - o Suena música y la fiera no está amansada.
    - o No suena música y la fiera está amansada.

• La disyunción exclusiva por Δ: p Δ q engloba:
    - o Suena música y la fiera no está amansada.
    - o No suena la música y la fiera está amansada.

[2020]- Engloba la estructura deductiva entre dos premisas; la condición suficiente pero no la necesaria.

- Se representa por →: Siendo p "suena música" y q "la fiera está amansada", p → q es si suena música, entonces la fiera está amansada.

[2021]- También engloba la estructura deductiva entre dos premisas, pero expresa la condición suficiente y necesaria.

- Las reglas de formación: que sirven para determinar si una fórmula X (i.e., p ∨ q, ¬p, p → q, p ↔ q son fórmulas) está bien formulada (fbf)[2022].
- Las reglas de transformación: son las que determinan qué inferencias son válidas y cuáles no, y que permiten determinar si la conclusión de un razonamiento se deriva de las premisas. Engloba la introducción y eliminación de la negación (IN, EN), de la conjunción (IC, EC), de la disyunción (ID, ED), del condicional (II, EI), del bicondicional (IB, EB) y derivadas (como Modus Tollens -M.T.-; silogismo disyuntivo –SIL DISY-; transitividad condicional -TRANS C.-; contraposición del Condicional -CONT C.-)

De acuerdo con la naturaleza de sus enunciados, el discurso al que da lugar el lenguaje de la lógica clásica es:

- **Apofántico:** en cuanto que de los enunciados sólo se puede decir racionalmente que son verdaderos o falsos.
- **Bivalente:** en tanto que las proposiciones sólo son evaluadas en función de dos valores de verdad: verdadero y falso.
- **Asertórico**: por afirmar una proposición como verdadera o como falsa sin matiz de la verdad o de la falsedad.

2. Frente a esta lógica clásica, se entiende por lógica no clásica en primer lugar la que abandona los cálculos lógicos bivalentes (verdadero/falso) y se contemplan otros rangos de verdad no bivalentes como realizan:

- La lógica trivalente, que contempla tres valores de verdad: verdadero, falso y lo que no es ni verdadero ni falso (desconocido o incierto).
- La lógica polivalente, que contempla posibilidades de verdad. En vez de dos valores de verdad [1, 0], se pueden distinguir m (entero positivo) valores de verdad.
- La lógica probabilística, que incorpora la probabilidad de veracidad o acontecimiento a las premisas (el saber que posea).

Y, a su vez, integran las lógicas no clásicas aquellas que abandonan los parámetros de verdadero y falso y optan por otros, como sucede en:

- La lógica modal alética, que incorpora como operadores “necesario”, “posible” e “imposible”.
- La lógica temporal, que incorpora operadores como “será siempre en el futuro que”, “ha sido siempre en el pasado que”, “será alguna vez en el futuro que» o «fue alguna vez en el pasado que”.
- La lógica no monotónica, que busca que al añadir nuevos datos a una inferencia pueda modificar la conclusión.

- Se representa por ↔: Siendo p “suena música” y q “la fiera está amansada”, p ↔ q es sólo si suena música, entonces la fiera está amansada.

[2022] o Una variable proposicional sola es una fbf.
o Si X es una fbf, entonces ¬ X es una fbf.
o Si X e Y son fbfs, entonces X ∧ Y, X ∨ Y, X →Y también son fbfs

- La lógica doxática -creencia- y epistémica -conocimiento-, que hacen referencia al conocimiento que determinados agentes poseen de ciertos hechos, con operadores como "indeterminado", "falsado" y "verificado".
- **La lógica deóntica, que nos ocupará a continuación, con operadores como "permitido", "prohibido" u "obligatorio".**

3. KELSEN sienta de forma rotunda, desde su positivismo, que las normas no están sometidas a los principios de la lógica tradicional, porque no están relacionadas con la verdad o la no verdad y no son ni correctas o incorrectas, sólo son[2023]. Así, no le serían aplicables a los actos de voluntad la frase de oposición[2024] ni la regla de la conclusión[2025, 2026] y, por tanto, rompe el vínculo con la lógica clásica como criterio de validez/verdad de la norma[2027], al tratarse de proposiciones prescriptivas (y no descriptivas).

Y es de nuevo VON WRIGHT quien, partiendo como KELSEN de que las normas prescriptivas no pueden ser verdaderas o falsas[2028], enunciaría por primera vez en 1951 la lógica específica que pueda existir en las normas, denominándola lógica deóntica[2029] por utilizar los **operadores modales deónticos** (deber ser) de obligación (O), permisión (P) sobre los actos, definiendo las siguientes categorías deónticas:

- **Prohibición:** se trata del acto que no está permitido. Si A es el nombre del acto de agredir, una norma que exprese que no se podría agredir se representaría como ~ PA.
- **Obligación:** se trata del acto permitido y cuya negación no está permitida (o, lo que sería lo mismo, cuya negación está prohibida). No pagar impuestos no está permitido o está prohibido. Siendo A el acto de pagar impuestos, la representación sería OA, pero también ~ P~ A.
- **Indiferencia**: se trata de conductas cuya comisión u omisión están permitidas. Siendo A el acto, la representación sería PA & P~A.
- **Compatibilidad**: como por ejemplo conducir (A) y hablar (B): P(A&B)
- **Incompatibilidad**: como por ejemplo conducir (A) y consumir bebidas alcohólicas (B): ~P (A&B)
- **Compromiso**: cuando un acto obliga a otro: O (A→B), ~P ~(A→B)

[2023] KELSEN (1979) Pag. 211.
[2024] Ibid. pág 210.
[2025] Ibid. pág 224. "*La regla de la conclusión expresa que cuando las premisas son correctas y si la conclusión está implícita en las premisas. la conclusión es correcta*", Ibid. pág 227.
[2026] Reglas que si serían aplicables a los enunciados, resultado y expresión de los actos del pensamiento que quieren hacer saber, y que si pueden ser considerados correctos o incorrectos, verdaderos o falsos.
[2027] KELSEN si enuncia una lógica específica en el acto de subsunción, esto es, al analizar la relación entre el hecho genérico y el individual (ver a continuación).
[2028] VON WRIGHT (2003) pág. 31.
[2029] VON WRIGHT (1951).

Esas categorías deónticas serían aplicables a un acto único, a una función de realización de actos[2030] o bien a parejas de actos, quedando el sistema clásico de lógica deóntica además integrado por[2031] la función deóntica[2032], el principio (i) de distribución deóntico[2033], (ii) de permisión[2034] y (iii) de contingencia deóntica[2035] y las leyes (i) sobre la interdefinibilidad[2036], (ii) de distribución de los operadores deónticos[2037] y (iii) sobre el compromiso[2038].

[2030] Integrada en su lógica del acción, hace referencia a la realización de varios actos constituyentes simples que darían lugar a un acto complejo.

[2031] Francisco Velasquez, Hugo. "*El sistema clásico de lógica deóntica. Una mirada crítica*", Revista de la Facultad de Derecho, N°. 47, 2019, págs. 1-35.

[2032] Que diferencia de la función realización de actos, en el sentido de afirmar que el valor deóntico se concentra en cada acto y nada se puede proyectar deónticamente sobre otros actos que se hayan ejecutado en una función de realización de actos o en parejas de actos salvo en el caso del principio de distribución deóntica.

[2033] P(A v B) ↔ PA v PB: si un acto es la disyunción de otros dos actos, la proposición de que la disyunción está permitida es la disyunción de que el primer acto está permitido y de que el segundo acto está permitido.

[2034] PA v P~A: es necesario que un acto dado esté permitido o su negación debe estar permitida; en otros términos: si la negación de un acto se prohíbe, el acto mismo se permite y si un acto es obligatorio, entonces tal acto está también permitido.

[2035] Parte de las tautologías y contradicciones en la lógica modal alética (necesarias e imposibles respectivamente) y en la lógica de modalidades epistémicas (enunciado verificado y falsado respectivamente), y se plantea si se comportarían de la misma forma en la lógica deóntica. Como la contradicción es posible, P(A&~A) y O(Av~A) serían enunciados contingentes que a veces pueden ser verdaderos o falsos (en función del legislador), por lo que las modalidades deónticas se aproximarían más a los modos epistémicos que a los aléticos.

[2036] Que tratan sobre el vínculo de la permisión con la obligación:
1. PA ↔ ~O~A: expresa una tautología deóntica, si se permite A, no es obligatorio hacer ~A.
2. OA→ PA, si es obligatorio A, está permitido A.
3. OA ↔ ~P~A: un acto A es obligatorio sólo si su negación no está permitida.
4. FA ↔ ~PA, un acto A está prohibido (F) si y solo si A no está permitido.
5. IA ↔ PA & P~A, un acto A es indiferente (i) si y solo si se encuentra permitido A y se encuentra permitida su negación (~A).
6. IA ↔ PA, un acto A es indiferente (i) si y solo si tal acto está permitido.

[2037] 1. O(A&B) ↔ OA & OB, si es debido hacer A y B entonces es debido hacer A y es debido hacer B, igualmente si es debido hacer A y es debido hacer B entonces es debido hacer A y B.
2. P(A v B) ↔ PA v PB, si se permite hacer A o bien B, entonces está permitido hacer A o está permitido hacer B y viceversa.
3. OA v OB → O(A v B), si se debe hacer A o se debe hacer B, entonces se debe hacer o bien A o bien B.
4. P(A&B) → PA & PB, si se me permite hacer A y B, por lo tanto, me está permitido hacer A y me está permitido hacer B.

[2038] 1. OA & O(A→ B) → OB, si es debido hacer un determinado acto A, y a su vez este acto nos compromete a hacer otro acto B, se puede concluir que el segundo acto también es debido.
2. PA & O(A→ B) → PB, si se permite hacer un cierto acto A, y si hacer tal acto nos compromete a hacer otro acto determinado B, entonces este último se permite también.
3. ~PB & O(A→ B) → ~PA, si no está permitido hacer B, y si hacer A nos compromete a hacer B, entonces no está permitido hacer A.
4).O(A→ B v C) & ~PB & ~PC → ~PA, si un acto nos compromete a elegir entre alternativas prohibidas, entonces ese acto también está prohibido.
5. ~ [O(A v B) & ~PA & ~PB], no puede ser obligatorio hacer A o B y que no esté permitido hacer A y no esté permitido hacer B.
6. OA & O(A&B→ C) → O(B→ C), si realizar dos actos, el primero de los cuales estamos obligados a ejecutar, nos compromete a hacer un tercer acto, luego, hacer solamente el segundo nos compromete a hacer el tercero.

Los planteamientos iniciales de VON WRIGHT mostraron fisuras y paradojas[2039] y fueron evolucionando[2040] desde (i) su sistema clásico de lógica deóntica (1951), hacia (ii) un nuevo sistema de lógica deóntica (1964)[2041], (iii) a la lógica deóntica condicional (1968)[2042], (iv) a la lógica deóntica de los verbos de acción (1973)[2043], (v) a la lógica deóntica de las acciones individuales (1981) y, por último, (vi) a la lógica deóntica como legislación racional (1982).

Sin que nos encontremos por tanto ante planteamientos acabados (sino más bien ante planteamientos en necesaria continua revisión[2044]), las propuestas de VON WRIGHT sí nos posicionan en los límites de la lógica aplicable a las normas y con sus puntos de conexión con otros planteamientos teóricos y, en concreto, (i) con la necesidad de fijar unos **presupuestos conceptuales** de la noción de norma (ver apartado anterior) y (ii) **un análisis de los aspectos conceptuales y estructurales de la conducta que la norma pretende dirigir**, esto es, una **lógica de la acción como base firme de la lógica deóntica (de los operadores modales deónticos de prohibición u obligación).**

3. El espacio conceptual del que se habla con la lógica de la acción (como base de una lógica deóntica), es completado por VON WRIGHT con los siguientes elementos:

- La diferencia entre:
    - Estado de las cosas: son hechos estáticos, de ser o estar ("*la máquina de escribir está sobre mi mesa de trabajo*") [2045].

7. O(~A→ A) → OA, si la no ejecución (el fracaso) de un acto nos compromete a realizar el mismo acto, entonces debemos realizar tal acto, es decir, dicho acto es obligatorio.

[2039] Por ejemplo:

1. El Dilema de Jørgensen, previo a la lógica deóntica de 1951, y que niega a las prescripciones el poder ser objeto de relaciones lógicas inferenciales.
2. La paradoja de Ross: OA v OB genera indeterminación sobre cuál es la obligación a cumplir.
3. La paradoja de la libre elección: dada una obligación cualquiera se podría inferir válidamente cualquier tipo de permiso, por lo tanto, nada sería obligatorio.
4. La paradoja de Chrisholm o de los imperativos contrarios al deber: que surge ante el incumplimiento que una obligación primaria, con respecto a lo permitido en caso de no haberse incumplido esa obligación primaria.
5. La paradoja de la obligación derivada.

[2040] ALARCÓN CABRERA (2003) pág. 109.

[2041] Que incorpora operadores diádicos, que relacionan los antecedentes y consecuentes de la implicación normativa.

[2042] Que parte de la equivalencia entre afirmar que algo deba ser y afirmar que algo es condición necesaria de alguna otra cosa.

[2043] Que parte de la distinción de las normas que establecen que algo debe, puede o no debe ser, y las normas que establecen que alguien debe, puede o no debe hacer determinada cosa, conjugando los operadores deónticos con los verbos de acción.

[2044] El propio VON WRIGHT (1996) págs. 31-52, describiría sus aspectos problemáticos; a. La dificultad de aplicar a lógica a prescripciones que carecen de valores de verdad o falsedad; b. La dificultad de representación de la estructura conceptual de las normas, que resulta muy primitiva y esquemática; c. Su aplicabilidad y utilidad como instrumento para clarificar y describir la estructura de los sistemas normativos reales.

[2045] GONZÁLEZ LAGIER (1994) pág. 45.

    - Procesos: son un continuar ("*llueve*") [2046].
    - Sucesos: que implica un cambio / una transformación del mundo, que puede darse por el paso:
        - De un estado de las cosas a otro estado de las cosas.
        - De un estado de las cosas a un proceso.
        - De un proceso a otro proceso .
        - De un proceso a un estado de las cosas[2047].
- Una definición de actuar, como la relación entre la acción humana y los sucesos comprendidos como cambios en el mundo: "*actuar es provocar o evitar un cambio intencionalmente (a voluntad) en el mundo (en la naturaleza)*"[2048], alcanzando tanto los actos como las omisiones.
- Una definición de agente, como elemento que diferencia la actuación del suceso[2049]: no existe actuación sin un agente que la provoque y, sin embargo, pueden concurrir sucesos con independencia del mismo[2050], diferenciando entre:
    - Agentes empíricos (naturales) y super-empíricos (supernaturales), siendo los primeros aquellos cuya existencia es un hecho contingente o empírico (perecedero) y los segundos aquellos de existencia necesaria (eterno)[2051].
    - Agentes empíricos personales e impersonales: "*Un agente impersonal es, por ejemplo, cualquiera de las llamadas personas legales o jurídicas (tal como corporaciones), un tribunal, una asamblea legislativa, un estado*" [2052].
    - Agentes empíricos personales individuales o colectivos, según el acto sea ejecutado por un solo individuo o por dos o más colectivamente.
- El necesario análisis de un condicional contrafáctico (~A) con el que alcanzar la oportunidad.
    - Una descripción de la acción en términos de estados de cosas y sucesos debe indicar[2053]:
        - El estado en el que se encuentra el mundo cuando se inicia la acción (estado inicial).
        - El estado en el que se encuentra el mundo cuando la acción ha sido completada (estado final).
        - El estado en el que se encontraría el mundo si el agente no hubiera intervenido (~A).
    - El Estado final es el resultado de la acción, lo que a su vez implica:

[2046] Ibid. pág. 45.
[2047] VON WRIGTH sólo considerará (por utilidad para la lógica deóntica) el paso de un estado de las cosas a otro estado de las cosas.
[2048] GONZÁLEZ LAGIER (1994) pág. 45 con referencia (nota al pie 5) a Von Wright, Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción, pág. 45.
[2049] Un actuación podría considerarse un cambio en el estado de las cosas y, por tanto, un suceso.
[2050] Ibid. pág. 47.
[2051] Ibid. pág. 47, con referencia (nota al pie 11) a Von Wright, Norma y acción, pág. 55.
[2052] Ibid. pág. 47, con referencia (nota al pie 12) a Von Wright, Norma y acción, pág. 56.
[2053] Ibid. pág. página 48 con referencia (nota al pie 14) a Von Wright, Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción, pág. 50.

        - La conexión conceptual (intrínseca) entre acción y resultado[2054].
        - Su diferencia con las consecuencias, derivadas de la necesidad causal o natural del resultado no de una relación lógica.
        - La importancia de la intención del agente para diferenciar entre resultados y consecuencias.
    - Y el estado inicial y el estado en el que se encontraría el mundo si el agente no hubiera intervenido, que constituyen la oportunidad de la actuar: "*una oportunidad es una ocasión en la que concurre alguna característica genérica que haga el acontecer de este suceso o la realización de este acto (lógicamente) posible en esa ocasión*" [2055].

Sólo a partir del desarrollo de los anteriores pilares conceptuales VON WRIGHT avanza por el camino de su lógica deóntica (con sus continuas revisiones) proponiendo una relación entre los actos genéricos y los actos individuales desde el contenido de su lógica de la acción. Así, para VON WRIGHT:

- El acto genérico engloba clases de estados de las cosas, procesos y sucesos genéricos.
- El acto individual es un caso de acto genérico individualizado, por el hecho de haber tenido lugar en un momento y en un espacio determinado (en una ocasión determinada) por un agente específico.

Determinar si el acto individual es un caso de una clase de estado de las cosas, procesos y sucesos genéricos fijado en la norma, parte de que las clases presentan dos dimensiones:

- **La intensión:** determinada por una o varias propiedades calificativas del acto[2056]:
    - Cada acto genérico es una clase de actos definida por las propiedades calificativas o esenciales. Determinar las propiedades calificativas -y descartar las que no lo sean- **depende para VON WRIGHT de qué aspecto de la acción sea importante para nosotros.**
    - Y junto a las esenciales, puede haber otras propiedades no esenciales (o relativas, por poder integrarse en la definición de la acción) como:
        - Requisitos causales.
        - Consecuencias de la acción.
- **La extensión:** constituida por casos singulares que tienen esa (s) propiedades calificativas. La labor de relación entre el acto genérico y el individual

[2054] Si actuar se define como la producción de un cambio en el mundo, la relación entre el acto y el cambio es una relación lógica (conceptual), lo que implica que si no se materializa el cambio la acción no se ha ejecutado, Ibid. pág. 54.
[2055] Ibid. pág. 60 con referencia (nota al pie 43) a Von Wright, Norma y acción, pág. 55.
[2056] Ibid. pág. 52.

consistiría en determinar si se encuentra en el alcance de la extensión de la clase[2057].

4. Esa búsqueda de una teorización de la acción del sujeto considerado por la norma penal (para la persona física) ha constituido el epicentro de las distintas teorías del delito del derecho penal, como "*un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando* ***a partir del concepto básico de la acción****, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito*[2058]".

Así, partiendo del texto de las normas, distintos conceptos de acción de la persona física derivados a su vez de distintas aproximaciones epistemológicas, metodológicas y/o sociológicas, han dado lugar a las distintas evoluciones de la teoría del delito de la persona física condicionantes de la aplicación/interpretación de la propia norma penal:

- El causalismo naturalista[2059] (sistema clásico), para el que la acción era la producción de una modificación del mundo exterior reconducible a una voluntad humana.
- El neocausalismo[2060] (sistema neoclásico), para el que la acción era la manifestación externa, activa o pasiva, de la voluntad humana.
- El finalismo[2061], para el que la acción era el ejercicio de actividad finalista, actividad final humana (no causación de resultados).
- El funcionalismo moderado[2062], para el que la acción era la manifestación de la personalidad.
- El funcionalismo sociológico[2063], para el que la acción era la conducta voluntaria hacia el mundo externo social.

La intención de todas estas teorías iniciadas en Alemania tras la promulgación del código penal de 1871 y construidas sobre ese dogma (sobre la ley penal enunciada) era **alcanzar concepciones de la acción humana merecedoras de pena y aumentar con sus planteamientos la garantía del principio de legalidad penal en la creación, interpretación y aplicación de la norma penal (e influir en la generación de las nuevas normas)**.

[2057] ¿Dónde encontraríamos el límite de la extensión? La respuesta práctica la tenemos en el consenso de la comunidad jurídica: un individuo debe poder conocer del texto de la norma complementada de la interpretación judicial y tras haber recibido un apropiado consejo legal , que acciones u omisiones le harían penalmente responsable y qué pena se le impondría por la actuación u omisión protagonizada, y todo ello en el momento de la comisión de los hechos. Acudir a la primera parte de esta tesis, IV, a.

[2058] MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN (2019) pág. 195.

[2059] Finales del S. XIX, desarrollado sobre el modelo científico de las ciencias naturales.

[2060] Principios de S. XX, desarrollado sobre la filosofía de los valores neokantiana, otorgando a las ciencias del espíritu valor y autonomía frente a las naturales.

[2061] A partir de 1935 y enunciada por Hans WELZEL partiendo de un concepto ontológico y no jurídico de acción.

[2062] Hacia 1970, liderado por Claus ROXIN, que busca unificar las construcciones del derecho penal con las conclusiones de la política criminal.

[2063] Desarrollada por Günther JAKOBS en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas Luhmann.

5. Las consecuencias de la existencia del componente lógico en las normas para esta investigación son claras:

- El uso de la lógica en la aplicación de las normas que hayan de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su aplicación deberían partir, de nuevo, de **alcanzar una determinada conceptualización de la actuación de las personas jurídicas en la que enraíce el hecho genérico (con una determinada intensión) que deberá relacionarse, en la aplicación de la norma, con el caso singular considerado (posible extensión).**
- **No se puede pretender utilizar, para alcanzar esa precisión, una teorización de la actuación de las personas físicas y proyectarla a las personas jurídicas, por ser una realidad completamente distinta a la de las personas jurídicas:**
    - **En los términos de los hechos institucionales de SEARLE, las normas constitutivas del comportamiento de las personas jurídicas son, necesariamente, distintas a las de las personas físicas.**
    - **Utilizar las normas constitutivas de las personas físicas (por ejemplo los distintos conceptos de acción de las teorías del delito de las personas físicas) desemboca en una necesaria imprecisión: valorar un partido de futbol con las reglas del ajedrez no puede sino conducir a la arbitrariedad.**
- **Uniendo a la necesidad de teorización de la actuación de las personas jurídicas para aumentar la precisión de los operadores lógicos deónticos (como componentes de la norma) la necesidad de identificar las reglas constitutivas del hecho institucional organización empresarial (previo a cualquier uso -ilocucionario- que se pretenda con el lenguaje de la norma), habría de alcanzarse una teorización consensuada y previa a cualquier norma (y la aplicación lógica exigida por la misma) sobre en qué pueda consistir la actuación de la persona jurídica/organización empresarial.**

Cuanto mayor o mejor sea la precisión de la anterior teorización, más efectivos podrían ser los actos del habla que se concretaran en las normas y más efectivas las aplicaciones lógicas de las normas, maximizándose el elemento característico de la legalidad penal: la previsibilidad de su aplicación.

Si por el contrario tenemos una norma que opera sin un preconcepto referencial de la posible actuación de las personas jurídicas, de acuerdo con las teorías de los actos del habla y de la lógica de las normas jurídicas, la capacidad de precisión de dichas normas disminuiría (proporcionalmente a la lejanía de ese preconcepto del hecho institucional objeto, a través de su actuación, de la norma).

E. El consenso como método epistémico

Desde la superación del racionalismo instrumental, de las teorías ontológicas de la verdad, de la metafísica y mediante la incorporación a la epistemología del parámetro de la comunicación (a través, entre otros, de los estudios de AUSTIN referidos), las ciencias sociales han quedado marcadas, desde el final del siglo pasado, por las propuestas epistemológicas, del conocimiento y sociales de HABERMAS[2064].

Acercando esas ideas al objeto de estas líneas, HABERMAS partió de proponer una nueva forma de acercarse a la verdad de las ciencias sociales, su **teoría consensual de la verdad como método epistemológico**[2065]: puedo atribuir un predicado a un objeto, si y sólo si, cualquier otro que pudiera entrar en coloquio conmigo atribuiría el mismo predicado al mismo objeto. Para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, yo me baso en el juicio de otros. La condición para la verdad de los enunciados es la adhesión potencial de todo otro. HABERMAS (como SEARLE al condicionar los actos del habla) acotó esos consensos a los resultantes de los discursos orientados al conocimiento recíproco, que se apartan de la mera transmisión ingenua de información: cada uno debe "*expresarse comprensiblemente (con corrección gramatical), expresar un contenido proposicional verdadero, ser sinceros en aquello que se dice, tender a un acuerdo recíproco sobre la base de normas y valores considerados como válidos*" [2066].

Sobre esos fundamentos, HABERMAS alcanzó su Teoría de la acción comunicativa como "***interacción simbólicamente mediada***. *Se orienta de acuerdo con normas intersubjetivamente vigentes que definen* ***expectativas recíprocas de comportamiento de acuerdo con normas intersubjetivamente vigentes que definen expectativas recíprocas de comportamiento y que tienen que ser entendidas y reconocidas, por lo menos por dos sujetos agentes****. Las normas sociales vienen urgidas por sanciones. Su sentido se objetiva por la comunicación lingüística cotidiana. Mientras que la validez de las reglas técnicas y de las estrategias depende de la validez de enunciados empíricamente verdaderos o analíticamente correctos,* ***la validez de las normas sociales sólo se funda en la intersubjetividad del acuerdo sobre intenciones y sólo viene asegurada por el reconocimiento general de las obligaciones****. La violación de las reglas tiene consecuencias que son distintas en cada uno de los casos. El comportamiento incompetente que viola reglas técnicas o estratégicas cuya corrección está acreditada, está condenado al fracaso al no poder conseguir lo que pretende. El <<castigo>> viene inscrito, por así decirlo, en el fracaso mismo frente a la realidad. Un*

[2064] HABERMAS, Jürgen (1929).
[2065] Que también ha ido evolucionando a partir de diversas críticas hacia el reconocimiento de tres verdades: (i) la verdad epistémica, en la que permanece vigente la teoría consensual de la verdad; (ii) la verdad pragmática, referida a certezas y convicciones de la vida diaria que no necesitan de contraste o justificación, sino que es la práctica cotidiana la que las valida; y (iii) verdad semántica (correspondencia entre la cosa conocida y el concepto producido por el intelecto), irrelevante para la epistemología para HABERMAS: sólo después de haberse alcanzado la realidad a través de la epistemología se puede hablar de esta verdad semántica.
[2066] BELARDINELLI (2018).

comportamiento desviado, que viola las normas vigentes, provoca sanciones que sólo están vinculadas a la regla de forma externa, esto es, por convención" [2067].

No se trata aquí de buscar o apuntar hacia -de existir- una teoría de la acción comunicativa de la persona jurídica o de la organización empresarial que sirviera a cualquier fin sociológico o científico, **sino de resaltar que, de nuevo y de acuerdo con las propuestas epistemológicas y metodológicas de HABERMAS que marcan profundamente el estado actual de las ciencias sociales, la mayor precisión en el conocimiento de ese objeto (actuación de la organización empresarial) se alcanzaría a través de la búsqueda del consenso** (en este caso discursivo, teniendo por objeto lo que para las teorías del lenguaje serían las reglas constitutivas de esa actuación, de ese hecho institucional).

F. Algunas conclusiones

1. Las normas que regulen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pueden ser consideradas desde la perspectiva de los actos del habla, al utilizar el lenguaje como instrumento y estar destinadas a lograr determinados efectos de la transmisión de las mismas.

En el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, encontraríamos (en los términos de SEARLE) tres actos del habla:

- **Directivo:** el de la publicación de la norma penal, que buscaría determinados comportamientos, antes de que estos comportamientos se produjeran.
    - Haz una determinada cosa[2068].

[2067] HABERMAS (1984), págs 68-69.

[2068] Por ejemplo, en la redacción actual del art. 31 bis CP:

-31 bis.2.1ª: Que el órgano de administración adopte y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, esto es, de acuerdo con el art. 31 bis.5 CP:

1.º Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

-31bis.2.2.ª Confiar la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

    - No hagas una determinada cosa[2069].
- **Declarativo:** el de la expresión de la acusación que pretendiera la aplicación de la norma en relación con determinadas realidades.
    - Considero que no se hizo determinada cosa, relevante para la norma penal.
    - Considero que sí se hizo determinada cosa, relevante para la norma penal
- **Representativo:** el desarrollado por el órgano con capacidad para valorar el acto representativo aplicar la norma.
    - No se hizo determinada cosa obligada por la norma, y procede imponer una pena.
    - Se hizo determinada cosa prohibida por la norma, y procede imponer una pena.

2. De acuerdo con las teorías de los actos del habla, los mismos serán efectivos (generarían realidades distintas a la propia locución) cuando se produzcan de acuerdo con una serie de reglas constitutivas subyacentes. Los tres actos del habla habrán de discurrir sobre un **sistema constitutivo institucional,** esto es, un conjunto de reglas previas a cualquier valoración de la realidad a dirigir, representar o declarar con el lenguaje [*(sistema de) regla(s) de la forma «X cuenta como Y en el contexto C]* **:**

- **Ese sistema constitutivo a nivel jurídico se encuentra desarrollado, en su dimensión fundamental, en la primera parte de la Tesis (derecho de propiedad, libertad de empresa, intimidad, derechos procesales) y se completa con el sistema constitutivo de desarrollo contenido en el ordenamiento europeo y, sobre todo, de cada país.**
- **Pero requeriría de un sistema institucional más: el que determinara qué sea la organización empresarial, como actúe y qué comportamientos se le puedan pedir como presupuesto de cualquier acto ilocucionario directivo, representativo y declarativo que busque efectos perlocucionarios**.

La precisión y consenso en lo anterior sería un presupuesto del éxito del acto del habla Directivo (norma), y, desde el mismo, del declarativo (escrito de acusación) y del Representativo (Sentencia); y, por lo mismo, **representarían una vía para fortalecer los derechos fundamentales procesales de la persona jurídica, en especial el de legalidad penal.**

Esa búsqueda de consenso, desde las condiciones de sinceridad propias del discurso, constituye el método epistémico de búsqueda de la verdad propuesto por HABERMAS.

[2069] Por ejemplo lo previsto en art. 31bis.2.4.ª CP, que no se produzca una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de supervisión.

3. Las teorías de la norma jurídica coinciden en considerar como atributos que las caracterizan:

- Que su validez debe encontrarse en otras normas (autonomía del derecho), que determinan como deben ser generadas .
- Que poseen un destinatario al que exigen un deber ser.
- Que el proceso para considerar que una determinada realidad debe dar lugar a la aplicación de la norma es un proceso que debe **seguir parámetros lógicos autónomos** (de subyacencia o de valoración de la extensión).

En el caso de las normas relacionadas con la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- Su generación deberá respetar la autonomía normativa, con las características establecidas en la primera parte de la Tesis (principalmente, dimensión formal del principio de legalidad penal).
- Es necesario delimitar quién sea el destinatario de las mismas.
- Superada la lógica clásica o proposicional, los parámetros lógicos deónticos afectantes a la norma **exigen conocer y tratar de fijar la acción de la persona considerada por la norma y proyectarla sobre los operadores y normas deónticas que se consideren,** lo que afecta a la consideración de la subyacencia o de valoración de la extensión de una determinada realidad en las previsiones o supuestos de la norma genérica.

4. Alcanzar un consenso (constitutivo -en los términos de los actos del habla de SEARLE-, o epistémico -en términos de HABERMAS-) sobre la actuación de la organización empresarial afecta a la posibilidad de desarrollar actos del habla directivos efectivos y a la aplicación de los operadores deónticos, haciendo confluir en un único punto de fuerza del lenguaje, de la norma y de la lógica y **r**esultando un factor elemental a tener en cuenta al crear las normas y al aplicarlas, aumentando la previsibilidad de las mismas y disminuyendo la potencial arbitrariedad a la hora de aplicarlas.

5. El utilizar las teorías de la acción (o del delito) de la persona física para desarrollar lo anterior, condena a una irremediable imprecisión y pérdida de garantías.

La homogeneidad entre las personas físicas y jurídicas en el proceso penal se encuentra en lo ya expresado en la primera parte de esta tesis, pero no en un concepto único o asimilable de actuación entre una y otra previo a la creación de la norma o de común uso en la aplicación/interpretación de la norma.

III. El consenso sobre la actuación de la empresa para la ciencia económica

La comprensión de la naturaleza y comportamiento de la empresa (como uno de los agentes económicos individuales) constituye uno de los objetos de la ciencia económica, por lo que la búsqueda de un consenso (constitutivo) sobre la actuación de las empresas, debe partir de conocer cuál sea el estado de la cuestión para aquella.

A. La organización económica como sistema de relaciones internas y de transacciones externas

1. Coinciden los autores en señalar que la economía política, como embrión de la ciencia económica, tiene su origen en la publicación de las "*Investigaciones sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*" (1776) de SMITH[2070] que se difundió rápidamente por Europa mediante su traducción.

En el Capítulo I del libro V de su obra, SMITH trata los tres deberes del soberano que serían: (i) proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades independientes -a través de la fuerza militar-; (ii) proteger en cuanto le sea posible a cada miembro de la sociedad contra la injusticia y opresión de cualquier otro miembro de la misma -a través de una administración exacta de la justicia- y (iii) construir y mantener instituciones complementarias al ejército y la justicia, que fomenten el comercio y la educación de las personas. Y entre las que hayan de fomentar el comercio, SMITH incluye a las compañías a las que se refiere literalmente en estos términos:

- **Compañías reguladas:** son las creadas por comerciantes privados que "*han podido persuadir a los legisladores para que les confíen esa parte de la labor del soberano* [desarrollo y protección de una rama especial del comercio], *junto con todos los poderes necesariamente vinculados a la misma. Aunque esas empresas pueden haber sido útiles para el primer establecimiento de algunas ramas del comercio, al abordar por su cuenta un experimento que el estado no creía prudente acometer, han probado ser a largo plazo, todas ellas, onerosas o inútiles y han manejado mal o restringido el comercio. […] Cuando cada miembro comercia con su propio capital y a su propio riesgo se las denomina compañías reguladas"*[2071]. Se parecerían a los gremios (ni se podría desarrollar un oficio sin pertenecer al gremio ni se podría desarrollar el comercio exterior en el que exista compañía sin pertenecer a ella) y "*cuando se las ha dejado actuar según su tendencia natural, han procurado siempre someter el comercio a toda clase de incómodas reglamentaciones, para reducir la competencia al mínimo número de personas posibles. Cuando la ley les ha impedido hacerlo, se han vuelto absolutamente inútiles e insignificantes. …En verdad, el de inútil es quizás el máximo elogio que se*

[2070] Adam Smith (1723-1790).
[2071] SMITH (1776) pag. 692.

puede con justicia hacerse a una compañía regulada" [2072], refiriéndose a la compañía de comerciantes con África o la Compañía de Turquía.

- **Compañías por acciones:** "*cuando las anteriores compañías operan con un capital conjunto, y cada miembro participa en las ganancias o pérdidas en proporción a la cuota de su capital se las denomina compañías por acciones*" [2073]. En ellas "*ningún socio puede exigirle a la empresa el pago de su cuota en la misma; pero cada socio puede sin el consentimiento de la compañía transferir su participación a otra persona, e introducir así un nuevo miembro. El valor de la acción en una empresa de ese tipo siempre es el precio que pueda conseguir en el mercado, y este precio puede ser en cualquier proporción mayor o menor que la suma que su propietario tiene acreditada en el capital de la compañía*". [...] "*Cada socio responde exclusivamente por el importe de su participación*". "*La actividad de una sociedad por acciones es siempre dirigida por un consejo de administración. Es verdad que este consejo está a menudo sometido a numerosos aspectos al control de una junta general de accionistas. Pero la mayor parte de esos accionistas rara vez pretenden comprender los negocios de la compañía, y cuando el espíritu faccioso no prevalece en ellos, no se interesan por sus asuntos y están satisfechos con recibir el dividendo semestral o anual que los directivos consideran conveniente pagarles. Esta ausencia total de inconvenientes y riesgos, más allá de una suma muy limitada, anima a muchas personas a volverse empresarios en una sociedad por acciones, personas que en ningún caso arriesgarían su fortuna en una sociedad particular. Por eso las compañías por acciones normalmente reúnen más capital del que podría jactarse de poseer ninguna empresa particular. [...] Ahora bien, no es razonable esperar que los directivos de estas compañías, al manejar mucho más dinero de otras personas que de ellos mismos, lo vigilen con el mismo ansioso cuidado con el que frecuentemente vigilan el suyo los socios de una empresa particular. Igual que los asistentes de un potentado, esos directivos tienden a pensar que la atención a los pequeños detalles desmerece el honor de su señor, y fácilmente se consideran dispensados de vigilarlo. En consecuencia, el manejo de los negocios de esas compañías está caracterizado en alguna medida por la negligencia y la prodigalidad. De ahí que las compañías por acciones dedicadas al comercio exterior rara vez hayan podido superar la competencia de empresarios particulares" [...] "una sociedad por acciones que cuente con un reducido número de propietarios, con un capital moderado, se aproxima bastante a la naturaleza de una empresa particular, y puede ser capaz casi de su misma vigilancia y atención. ... La Compañía de los Mares del Sur nunca debió mantener fuertes ni guardiciones, con lo que se hallaba totalmente exenta de un copioso gasto al que están sometidas otras compañías por acciones en el comercio exterior. Pero tenía un inmenso capital dividido entre un inmenso número de propietarios. Era por lo tanto natural esperar que en todo el manejo de sus negocios prevalecieran la insensatez, la negligencia y el derroche. La bellaquería y extravagancia de sus artimañas bursátiles son suficientemente conocidas*" [2074]. "*A pesar de las más nobles intenciones, la parcialidad inevitable de sus directivos por algunas ramas de la industria, hacia las que los propietarios los orientan mal y los engañan, es un desaliento efectivo para otras, y necesariamente perturba en mayor o menor medida la proporción natural*

[2072] Ibid. pág. 693.
[2073] Ibid. pág. 692.
[2074] Ibid. págs. 695-696.

que en otro caso se impondría entre los negocios prudentes y los beneficios, y que es el mayor y más eficaz estímulo para la economía general del país"[2075].

- **Compañías particulares:** "*ningún socio puede transferir su participación a otra persona ni introducir un nuevo miembro en la compañía sin el consenso de la misma. Cada socio, no obstante, puede previo aviso abandonar la empresa y reclamar de los otros socios el pago de su cuota de capital común*" [...] "*cada socio responde por las deudas contraídas por la empresa con la totalidad de sus bienes*" [2076]. "

Las obras de SMITH tuvieron una importancia radical en la evolución económica de Europa. Aglutinando y ordenando diversos planteamientos más políticos que técnicos, el análisis de la economía, la riqueza y los factores a los que respondieran quedó inaugurado siguiéndole durante el S. XIX autores como MALTUS[2077], SAY[2078], MILL[2079], RICARDO[2080] o MARX[2081], dando paso al estudio universitario con la economía como objeto en lo que se conoce como la escuela clásica, marcada por la expresión de la acción política.

2. La evolución desde los anteriores planteamientos se alcanza con la corriente neoclásica, que parte de aplicar el método matemático al objeto de su estudio y los planteamientos marginalistas (utilidad marginal), desarrollándose durante la primera mitad del S. XX de la mano de figuras como WALRAS[2082], JEVONS[2083], MENGER[2084], PARETO[2085], FISHER[2086], y avanzaría hasta KEYNES[2087].

Es durante este periodo cuando aparece en la ciencia económica la diferencia entre macroeconomía[2088] y microeconomía[2089]. La empresa era considerada como una unidad económica de producción que actuaría en la compra de materias primas y medios de producción y en la venta de productos. Operaría en mercados de competencia perfecta, en función de la información de la que dispusiera y con un único objetivo: maximizar los beneficios para evitar que la competencia le desplace del mercado. La confluencia de esos factores conduciría a un precio de equilibrio en cada mercado (lugar de confluencia de la utilidad del consumidor y la búsqueda del máximo beneficio del empresario), de forma que la empresa podía

[2075] Ibid. págs. 701-702.
[2076] Ibid. pág. 695.
[2077] Thomas Maltus (1766-1834).
[2078] Jean-Baptiste Say (1767-1832),
[2079] John Stuart Mill (1806-1873).
[2080] David Ricardo (1819-1823).
[2081] Karl Heinrich Marx (1818-1883).
[2082] Marie-Ésprit-Léon Walras (1834-1910).
[2083] William Stanley Jevons (1835-1882).
[2084] Carl Menger (1840-1921).
[2085] Wilfried Fritz Pareto (1848-1923).
[2086] Irving Fisher (1867-1947),
[2087] John Maynard Keynes (1883-1946).
[2088] Estudio de los sistemas económicos de una nación, región, etc., como un conjunto, empleando magnitudes colectivas o globales, como la renta nacional, las inversiones, exportaciones e importaciones.
[2089] Estudio de la economía en relación con acciones individuales, de un comprador, de un fabricante, de una empresa, etc.

ser objeto de los planteamientos y cálculos matemáticos y marginalistas propios de la etapa de la ciencia económica.

Esas concepciones observan a la empresa desde el exterior y la conciben como una caja negra (vacía) que transforma inputs en outputs en función de la tecnología; como un concepto abstracto y puro que da respuesta a la producción necesaria en función de la información que se obtiene del mercado, explicando el uso de recursos en función del sistema de precios, no prestando atención a cuestiones orgánicas o institucionales.

3. No hay duda en la ciencia empresarial en señalar a **COASE**[2090] y su publicación **"*The Nature of the firm*"**[2091] como el origen de un nuevo campo de debate evolutivo microeconómico con respecto del modelo neoclásico, **hacia el modelo orgánico o institucional de las empresas.**

Su punto de partida es trazar un puente entre lo que los economistas tratan como elementos coordinadores de la economía, esto es, el supuesto de que los recursos se asignan a través del mecanismo de precios y el supuesto de que dicha asignación depende del empresario-coordinador, y todo ello desde el acomodo de los planteamientos al mundo real. Y para ello se propone en primer lugar descubrir **por qué surge la empresa en una economía especializada de intercambio**.

Para COASE, esto sucedería **cuando el mecanismo de fijación de precios (acudir al mercado) sea desplazado y reemplazado por otra relación**. Y señala que esto sucedería por la existencia de un coste necesario por utilizar el mecanismo de precios (coste por acudir continuamente al mercado para cada transacción y no crear una propia organización de recursos a medio y largo plazo): "*Un factor de producción (o su propietario) no necesita formalizar una serie de contratos con los factores con los que está cooperando dentro de la empresa, como sería el caso si dicha cooperación fuera el resultado directo del funcionamiento del mecanismo de precios, pues esta serie de contratos se sustituye por uno solo" [2092]*. Para COASE, cuando la dirección de los recursos así estructurada (al margen del mecanismo de precios para cada transacción y dentro de los límites del contrato) se hace dependiente del comprador, se puede obtener entonces la relación que él denomina empresa**: "*Una empresa, por lo tanto, consiste en un sistema de relaciones que aparece cuando la dirección de recursos depende de un empresario*"** [2093]. Esta definición puede ser utilizada además para explicar la evolución de la propia empresa:

- Una empresa crece cuando el empresario organiza transacciones adicionales y se reduce cuando las abandona. En la medida en que una empresa crece, se alteran los equilibrios de cada estado de las cosas y puede haber una caída en el rendimiento:

[2090] Ronald Harry Coase (1910-2013), premio Nobel de Economía del año 1991.
[2091] COASE (1937) págs. 386-405.
[2092] "*It is true that contracts are not eliminated when there is a firm, but they are greatly reduced*", Ibid. pág. 391.
[2093] "*A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur*" Ibid. pag. 393.

    - Del empresario (los costes por organizar transacciones adicionales en la empresa pueden crecer y puede fracasar a la hora de situar los factores de producción).
    - En el precio de entrega de factores de producción, que puede crecer (i.e. dependencias).
- Una empresa tenderá a expandirse hasta que los costes por organizar una transacción suplementaria dentro de ella se hagan iguales a los costes por llevarla a cabo a través de un intercambio en el mercado libre, o a los costes de ser organizada por otra empresa (lo que incluye el tratamiento por productos; puede alcanzarse un punto en el que es menos costoso organizar transacciones de intercambio de un nuevo producto que organizar transacciones de intercambio suplementarias del viejo).
- Hay combinación de empresas cuando las transacciones que antes eran organizadas por dos o más empresarios las organiza ahora uno solo. La combinación se convierte en integración cuando incluye la organización de transacciones que anteriormente eran llevadas a cabo entre los empresarios en un mercado.

La prueba de que el anterior concepto encajaría con el mundo real es realizada por COASE considerando la relación legal denominada «empleador y empleado»:

- El empleado está obligado a realizar servicios al empleador o a otros por cuenta del empleador; de lo contrario el contrato es un contrato de venta de bienes o similar.
- El empleador debe tener el derecho de controlar el trabajo del empleado, y es lo que diferencia al empleado de un contratista independiente o de una persona contratada para dar al empresario los frutos de su trabajo.

La dirección sería la esencia del concepto legal de «empleador y empleado», igual que en el concepto económico desarrollado, de lo que concluye COASE que es un concepto realista. Y además señala que sería un concepto operativo.

4. El anterior artículo de COASE no tuvo un éxito inmediato, sino que tuvo que esperar cuarenta años hasta alcanzar, a partir de 1970, el uso masivo del que hoy deriva su reconocimiento de la mano (i) del uso de las ideas en otra obra de COASE de gran repercusión –"*The problem of social cost*"- y (ii) del desarrollo de las consideradas como modernas teorías de la empresa ya enraizadas en sus ideas.

Así, en octubre de 1960, COASE publicó "***The problem of social cost*"[2094]**, artículo que tiene por objeto tratar las **acciones de las empresas que tienen efectos perjudiciales para terceros** como, por ejemplo, la fábrica (A) que emite humo causando un perjuicio a quienes viven alrededor (B).

Las soluciones clásicas abarcaban resolver el supuesto planteado diferenciando entre producto privado y producto social y haciendo que el dueño de la fábrica respondiese de los perjuicios provocados por el humo o, alternativamente, exigir

[2094] COASE (1960).

al dueño de la fábrica un impuesto en función de la cantidad de humo producido que fuese equivalente en términos monetarios a los daños causados o, por último, apartar a la fábrica de los distritos residenciales. Para COASE esas soluciones adolecen de un error de planteamiento, pues parten de que como A causa un perjuicio a B se deba poner coto a las acciones de A, **y olvidan que se está ante un problema de naturaleza recíproca y que por ello a la hora de arbitrar arreglos sociales y de elegir entre ellos debemos fijar la vista en el efecto total,** y, por tanto, **lo que hay que decidir es si hay que permitir que A perjudique a B o hay que dejar que B perjudique a A buscando como deseable acciones que arrojen una ganancia cuyo valor supere al de la pérdida.**

Los elementos conceptuales a través de los cuales se podría afrontar el problema superando el desenfoque, parten en su opinión de lo que en principio podría ser una solución de consenso para los economistas: aquella en la que la empresa que ocasiona perjuicios ha de indemnizar todos los daños ocasionados y en el que el sistema de precios funciona suavemente (estrictamente, esto significa que la operación del sistema de precios no lleva consigo costes), lo que permite fijar la indemnización. Esa situación inicial sería el resultado de una delimitación inicial de derechos, y siempre es posible modificar mediante transacciones en el mercado la delimitación inicial de derechos, por lo que las partes podrían llegar a una nueva situación resultado de la negociación; usando el ejemplo que utiliza COASE, el ganadero pagaría al labrador vecino una determinada cuantía por los daños que cabezas adicionales de ganado generaran en los cultivos, siempre que nuevas cabezas de ganado le generaran más ingresos que daños al labrador. Y naturalmente si estas transacciones del mercado no engendran costes, esa reordenación tendrá siempre lugar si conduce a un aumento del valor de la producción.

Pero como ya señaló en "*The Nature of the firm*", **considerar que las transacciones en el mercado no generan costes es muy poco realista** y ello conduce, de nuevo, a las **empresas ahora con ocasión de la solución de conflictos**: "*Para efectuar una transacción en el mercado es preciso descubrir quién es la persona con la que se desea operar, informar a las personas de que se desea traficar y en qué condiciones, efectuar negociaciones que conducen a un acuerdo, redactar el contrato, realizar la inspección necesaria para asegurarse de que se respetan las estipulaciones del contrato, etc. Con frecuencia estas operaciones resultan extremadamente costosas y, en todo caso, son suficientemente costosas como para impedir numerosas transacciones que se hubiesen efectuado en un mundo en el que el sistema de precios operase sin costes*" [2095]. [...] "***Está claro que una forma alternativa de organización económica que pueda conseguir el mismo resultado a menos coste del que se produciría usando el mercado permitiría elevar el valor de producción. Como explicamos ya hace muchos años, la empresa representa esa alternativa frente a la organización de la producción a través de las transacciones del mercado. Dentro de la empresa se eliminan las negociaciones individuales entre los diferentes factores de producción que cooperan al proceso y una decisión administrativa viene a sustituir a la transacción en el mercado***. *Entonces, la reordenación de la producción tiene lugar sin necesidad de negociaciones entre los*

[2095] Ibid. pág. 15.

dueños de los factores de producción. El dueño del terreno que controla un extenso trozo de tierras puede dedicar la tierra a diversos usos teniendo en cuenta el efecto que las interrelaciones de las diversas actividades van a tener sobre el rendimiento neto del terreno, haciendo así innecesarias las negociaciones entre quienes acometen las diversas actividades. Los dueños de un gran edificio o de diversos inmuebles adyacentes en una zona pueden actuar de forma en gran medida similar. Efectivamente: utilizando nuestra anterior terminología, la empresa adquiría derechos de todas las partes y la reordenación de actividades no sería secuela de una reasignación contractual de derechos, sino resultado de una decisión administrativa sobre cómo deben usarse los derechos". Por ello " *no debe sorprender que la aparición de una empresa o la extensión de actividades de la ya existente sea la solución adoptada en muchas ocasiones para resolver el problema de los efectos perjudiciales. Esta solución se adoptaría cada vez que los costes administrativos de la empresa fuesen menores que los de las transacciones del mercado a las que sustituye y cada vez que las ganancias derivadas de la reordenación de actividades fuesen mayores que los costes empresariales de su organización"*[2096].

COASE aborda a su vez a partir de este punto su crítica a los planteamientos del Estado anclados en la obra de PIGOU[2097] de la Economía del bienestar[2098] desarrollados por determinados economistas, al señalar que la existencia de estos costes de transacción también puede ser superada a través de la intervención del Estado[2099]: "*el problema consiste en elegir el arreglo social adecuado para hacer frente a los efectos perjudiciales. Todas las soluciones tienen costes y no existen motivos para suponer que la regulación por parte del Estado está llamada a hacer acto de presencia simplemente porque el problema no es bien abordado por el mercado o por la empresa. Unos enfoques satisfactorios de la política a aplicar sólo pueden brotar de un estudio paciente de cómo, en la práctica, el mercado, las empresas y el Estado afrontan el problema de los efectos nocivos*"[2100], [2101].

[2096] Ibid. pág. 16.
[2097] Arthur Cecil Pigou (1877-1959).
[2098] PIGOU (1920).
[2099] Por ejemplo en el caso de la empresa que emite humo "*el Estado puede imponer regulaciones que especifican lo que la gente debe hacer o dejar de hacer, disposiciones que deben ser respetadas por los interesados. Así, el Estado (por vía reglamentaria o más probablemente a través de un órgano administrativo) para resolver el problema de las emanaciones de humo puede decretar que determinados métodos de producción queden prohibidos o que resulten obligatorios (e. g., que se instalen medios de impedir la producción de humo o que no se utilice la combustión de carbón o petróleo en el proceso de fabricación), o puede confinar ciertos tipos de actividades a ciertos distritos (regulaciones urbanísticas zonales)*", COASE (1960) pág 17.
[2100] Ibid. pág. 17.
[2101] "*La mayor parte de los economistas no parecen percatarse de todo esto. Cuando no pueden dormir por la noche a causa del rugido de los reactores sobre sus cabezas (autorizados y tal vez operados por el propio Estado), no pueden pensar (o descansar) durante el día debido al ruido y a las vibraciones de trenes en marcha (autorizados y tal vez operados por el propio Estado), les resulta difícil respirar debido al olor que desprende un terreno destinado a recibir residuos de alcantarillado (autorizado y posiblemente operado por la propia Administración) y no consiguen evadirse porque sus caminos están bloqueados por una obstrucción de la carretera (sin duda alguna proyectada a nivel administrativo), cuando sus nervios están en tensión y su equilibrio mental está trastornado, comienzan a denunciar las desventajas del sistema privado y la necesidad de una reglamentación estatal. Al tiempo que la mayoría de los economistas parece presa de una idea falsa del carácter de la situación de que se ocupan, también es el caso que las actividades que quisieran ver restringidas o suprimidas pueden ser socialmente*

La cuestión así planteada conduce a COASE, en lo que a esta investigación interesa, a señalar que los factores de producción deben entenderse en cuanto a derechos (pasar de considerar que se posee una entidad física -una hectárea de terreno- a las posibles acciones derivadas de los derechos asociados a esa entidad física -suelo urbanizable-): El coste de ejercitar un derecho (de usar un factor de producción) es siempre la pérdida que se sufre en otro lugar como consecuencia del ejercicio de ese derecho.

5. Las ideas de COASE fueron recogidas por, entre otros, **WILLIAMSON**[2102] quien lideraría el desarrollo de un **movimiento científico denominado "New Institutional Economics" (NIE)**[2103] caracterizado por una nueva perspectiva que, **manteniendo como lenguaje principal el económico, abrió las puertas a la investigación ecléctica de la mano de áreas del conocimiento como el derecho, la historia económica, el comercio, la teoría del comportamiento**, y todo ello tratando de alcanzar investigaciones con aplicación práctica y basadas en estudios empíricos y **enfocando de nuevo como epicentro o núcleo de la investigación a las transacciones, como había hecho ya COASE** cuarenta años antes.

Su economía de los costes de transacción[2104] como núcleo metodológico[2105], parte de tres dimensiones definitorias de la transacción[2106] concibiendo que cualquier problema que se pueda plantear directa o indirectamente como un

justificables. Todo es cuestión de sopesar las ganancias derivables de la supresión de esos efectos nocivos frente a las ganancias que se producen si se permite que continúen produciéndose. Como es natural, es probable que la ampliación de la actividad económica del Estado conduzca frecuentemente a esta protección frente a la posibilidad de acción judicial hasta unos límites por encima de lo deseable" Ibid. pág. 26.

[2102] Oliver E. Williamson (1932-2020), premio Nobel de Economía del año 2009.

[2103] WILLIAMSON (1975) pág .1.

[2104] "*Una transacción se produce cuando se transfiere un bien o un servicio a través de una interfaz tecnológicamente separable. Una etapa de la actividad termina y otra comienza. Con una interfaz que funciona bien, al igual que con una máquina que funciona bien, estas transferencias se producen sin problemas. En los sistemas mecánicos buscamos fricciones: ¿se engranan los engranajes, se lubrican las piezas, hay deslizamientos innecesarios u otras pérdidas de energía**? El reflejo económico de la fricción es el coste de la transacción: ¿operan las partes del intercambio de forma armoniosa, o hay frecuentes malentendidos y conflictos que provocan retrasos, averías y otras disfunciones? El análisis de los costes de transacción sustituye la preocupación habitual por la tecnología y los gastos de producción (o distribución) en estado estacionario por un examen de los costes comparativos de la planificación, la adaptación y el seguimiento de la realización de las tareas con estructuras de gobierno alternativas*"* WILLIAMSON (1981) pág. 552.

[2105] Que en comparación con otras metodologías (1) es más microanalítica, (2) es más consciente de las asunciones de sus planteamientos, (3) introduce y desarrolla la importancia económica de la especificidad de los activos, (4) se apoya más en el análisis institucional comparativo, (5) **considera a la empresa como una estructura de gobierno en lugar de una función de producción**, y (6) da más importancia a las instituciones de los contratos, con especial énfasis en los acuerdos y mandatos privados (en comparación con las órdenes judiciales judicial). WILLIAMSON (1985) pág. 387.

[2106](i) La Incertidumbre como contexto necesario, (ii) la frecuencia con la que se produciría (única, ocasional o recurrente) y (iii) la importancia de los agentes intervinientes (no específicos -cuando no importa la identidad de los intervinientes-, idiosincráticas -cuando las características de los intervinientes son esenciales- y mixtas). WILLIAMSON (1979) pag. 246.

problema de contratación puede ser investigado en términos de la economía de la transacción[2107].

Junto con las ideas de COASE, WILLIAMSON recoge en sus primeras obras también las aportaciones de COMMONS[2108] y HAYEK[2109], señalando[2110] que su aproximación general a la organización económica se sustenta sobre:

- Que los mercados y las empresas son instrumentos alternativos para completar las transacciones.
- Que el que un conjunto de transacciones deba ejecutarse en los mercados o en una empresa depende de la eficiencia relativa de cada instrumento.
- Al igual que la estructura del mercado es importante para evaluar la eficacia de las operaciones en el mercado ("*market failure"*) **la estructura interna resulta relevante para evaluar la eficacia de la organización interna** (alcanzando por proyección del término de **"*organizational failure"***)[2111].

Sobre lo anterior, WILLIAMSON trata en 1971[2112] la integración vertical (sustituir contratos de proveedores o distribuidores -mercado y contrato- por la jerarquía de la propia actividad -empresa-, como había propuesto COASE) como "*market failure*" y había enunciado la necesidad de tratar a su vez los posibles "*failures of internal organization*". De forma coherente, en 1975 publica "*Markets and Hierarchies"*[2113], donde incluye su "*Organizational Failures Framework*"[2114] con esta estructura (marco) relacionada con las transacciones y con los esfuerzos por economizar asociados a las mismas[2115]:

[2107] WILLIAMSON (1985) pag. 41.
[2108] John R. Commons (1862-1945), quien hizo de las transferencias de control legal y de la eficacia de la contratación el centro de sus estudios. Consideraba que la escasez era omnipresente y el conflicto de intereses, natural, interviniendo la actuación colectiva (a través de las instituciones como las empresas) para resolver ese conflicto con un mayor rendimiento total.
[2109] Friedrich August von Hayek (1899-1992), ganador del premio Nobel de economía de 1974. WILLIAMSON recoge sus planteamientos (i) sobre la existencia de límites de racionalidad de las decisiones humanas, (ii) sobre la naturaleza idiosincrática (personal, propia y distintiva de cada individuo) del conocimiento necesario para tomar decisiones económicas eficientes (que no puede ser expresado como agregados estadísticos), (iii) sobre el cambio de las circunstancias del mercado como contexto de interés para el problema económico desde la perspectiva de la adaptación secuencial al mismo de los agentes, (iv) los precios sirven como suficiente estadística, como hecho económico de la racionalidad limitada.
[2110] WILLIAMSON (1975) pág. 8.
[2111] También que (i) los costes de redactar y ejecutar contratos complejos en un mercado varían en función de las características de los de los responsables humanos de la transacción, por un lado, y de las propiedades objetivas del mercado, por otro; y (ii) que aunque los factores humanos y ambientales que impiden los intercambios entre empresas (a través de un mercado) se manifiestan de forma algo diferente a cada una de las empresas, los mismos factores aplican a ambas.
[2112] WILLIAMSON (1971), págs. 112-123.
[2113] WILLIAMSON (1975).
[2114] Marco de los fallos en la organización.
[2115] "*Las estructuras de gobierno que tienen mejores propiedades de ahorro en los costes de transacción acabarán desbancando a las que tienen peores, ceteris paribus*", WILLIAMSON (1981) pag. 574.

(i) El comportamiento humano del empresario está caracterizado por una racionalidad limitada[2116] en un entorno de incertidumbre y complejidad[2117].

La empresa ayuda a lidiar con la incertidumbre y la complejidad de forma adaptativa y secuencial sin incurrir en los mismos tipos de **riesgos de oportunismo que plantearía la contratación en el mercado**. Y permite el desarrollo de un lenguaje propio (para el desarrollo de los contratos internos como forma de decantar la transacción) y la especialización en la toma de decisión, reduciendo los efectos no deseados derivados de la racionalidad limitada, la incertidumbre y la complejidad.

(ii) Ese comportamiento humano está guiado por el oportunismo, lo que implica la búsqueda del interés propio con astucia[2118] y tiene profundas implicaciones a la hora de elegir entre relaciones contractuales alternativas siempre que se esté en un contexto de mercado de "números pequeños"[2119].

En los contextos de oportunismo y números pequeños, **la organización interna aporta al menos tres ventajas frente al mercado:**

- Las partes de un intercambio interno son menos capaces de promover representaciones oportunistas, al existir el interés común del sistema y existir menos incentivos para ello.
- La organización puede ser auditada, de forma que pueden revisarse las informaciones de la transacción.
- Si surgen problemas en la ejecución, la resolución de los conflictos es más ágil.

(iii) "*Information impactedness*": característica de las transacciones derivada de la existencia por una o varias partes del conocimiento de las circunstancias subyacentes a la transacción, y que no pueden ser comunicadas a las restantes sin coste.

La organización interna aportaría ventajas sobre el mercado:

[2116] Se busca la racionalidad, pero sólo se alcanza limitadamente derivo de cuestiones neurofisiológicas (limitada capacidad de retener y almacenar información sin error) y, a su vez, del lenguaje (limitada capacidad del individuo para articular su conocimiento o emociones usando palabras, números o gráficos de forma que pueda ser entendido por otros).

[2117] Que es el entorno propio del conflicto económico. Si ese entorno no existe, pierde sentido analizar las diferencias entre la organización del mercado o los distintos modelos institucionales.

[2118] El oportunismo debe distinguirse tanto de la administración como del comportamiento instrumental. Mientras que la administración implica una relación de confianza en la que la palabra de una parte puede tomarse como su vínculo, el comportamiento es un modo más neutro en el que no es necesario ser consciente de que los intereses de una parte pueden ser movidos por estratagemas de cualquier tipo. El comportamiento oportunista se diferencia de ambos porque implica hacer amenazas y promesas falsas o vacías (a sabiendas) con la esperanza de obtener una ventaja individual.

[2119] Un contexto de mercado de un gran número de oferentes hará que las inclinaciones oportunistas sean ineficaces.

- De nuevo, las partes de un intercambio interno son menos capaces de promover representaciones oportunistas, al existir el interés común del sistema y existir menos incentivos para ello; la organización puede ser auditada y permite el desarrollo de un lenguaje propio.
- Si surgen problemas en la ejecución, la resolución de los conflictos es más ágil.

(iv) "*Atmosphere*": recoge los factores complementarios de la transacción que engloban los aspectos de la interacción en que consiste. Así, mientras que la transacción en los mercados tiende a fomentar las relaciones calculadoras y específicas a corto plazo entre las partes, las organizaciones son contextos en los que las circunstancias cuasi morales nutren las relaciones entre las partes.

Por ello, reconocer que distintos modos de organización económica dan lugar a distintos tipos de relaciones de intercambio y que estas relaciones son valoradas, conduce a considerar los efectos sobre las organizaciones de esos factores.

6. WILLIAMSON fue evolucionando sus planteamientos sobre las distintas posibilidades de configuración de las empresas (estructuras de gobierno alternativas) y sus efectos sobre las transacciones, y en 1985 publicó "*The economic institutions of capitalism*"[2120] tratando, entre otras cuestiones, la identidad de las organizaciones modernas como resultado de las innovaciones organizacionales con el fin y el efecto de economizar esos costes de las transacciones.

Habiéndolo introducido de forma explícita (al hablar de la jerarquía de las organizaciones) o necesaria/implícita (por ejemplo a través de las posiciones de COASE sobre el contrato laboral como mecanismo flexible de ejercicio del poder), WILLIAMSON trata el tema del **control de las empresas desde la figura de los dueños de las mismas** en el capítulo dedicado al Gobierno corporativo[2121], concentrando el análisis:

- En la posible estructura[2122] y composición del Consejo de Administración y la posible presencia en el mismo de (i) dueños (tanto accionistas como, en ocasiones, prestamistas), (ii) trabajadores, (iii) proveedores, (iv) clientes, (v) la comunidad y (vi) la dirección.
- Y en la Dirección de la empresa y su control efectivo de la corporación (con la mirada puesta en sus propios intereses), y la necesaria regulación de sus esquemas de compensación.

[2120] WILLIAMSON (1985).
[2121] Ibid. Capítulo 12.
[2122] "One-tier Boards", en los que sólo hay miembros que votan las decisiones; "Two-tier boards", que son aquellos en los que hay dos clases de miembros, aquellos que desarrollan la estrategia y aquellos que supervisan la actuación. Es posible conceder acceso al Consejo a miembros que sólo tengan acceso a la información y, con ella, pueden hacer el seguimiento de los resultados de la empresa, pero no voten las decisiones.

Esos planteamientos y metodologías continuaron evolucionando y fueron a su vez ampliados y expresados en 1995 en "*The mecanisms of Governance*"[2123, 2124], donde los complementa, en lo que aquí afecta, con:

- La expresión del estado de la **ciencia de la organización** (partiendo de los posicionamientos de BARNARD[2125] y de SIMON[2126]) señalando como variables configuradoras ("framework"):

    - Una teoría de la autoridad, la jerarquía y de la relación laboral, como solución a los problemas de coordinación/cooperación y como mecanismo de adaptación de la organización a las circunstancias cambiantes, siendo esta su principal preocupación.
    - La organización informal y sus efectos sobre la cooperación espontanea que se da entre las personas de la organización. En las organizaciones se da una cooperación consciente y una cooperación inconsciente, fruto de la evolución orgánica de la organización.
    - Los incentivos económicos, desde la posibilidad de que los miembros de una organización persigan subjetivos que no tienen por qué coincidir con los de la organización.
    - La racionalidad limitada de los intervinientes.

- La posible consideración, como **metodología complementaria a la de los costes económicos de la transacción, de la teoría de la agencia, que es aquella que considera a la empresa como un nexo de contratos, que permite actuar a un colectivo (accionistas, directivos, proveedores, clientes) como si se tratara de un solo miembro[2127]**.

[2123] WILLIAMSON (1996).

[2124] Avanzando mediante el método analítico de los costes de transacción (diferenciales, entre dos formas de gobierno comparadas) en el estudio de la identificación, explicación y mitigación de los riesgos contractuales asociados los mecanismos de gobierno.

[2125] Chester Irving Barnard (1886-1961).

[2126] Herbert Alexander Simon (1916-2001).

[2127] Para WILLIAMSON, la teoría de la agencia y la teoría de los costes económicos de la transacción (de la que él es partidario) poseen:

- Puntos comunes:
    - Ambas teorías se apartan de las tesis neoclásicas y de considerar a la empresa como una función de producción:
        - La teoría del coste de la transacción económica considera a la empresa como una estructura de gobierno, y alcanza:
            - La teoría del contrato incompleto, desde su consideración de la racionalidad limitada.
            - El riesgo de la contratación, desde el oportunismo.
        - La teoría de la agencia considera a la empresa como un nexo de contratos de la organización, y también considera el riesgo de la contratación desde el oportunismo y la racionalidad limitada.
    - Ambas teorías confluyen en su posición con respecto a la posible eficiencia de los contratos en la "*incomplete contracting in its entirety*":
        - "*Incomplete contracting*": hace referencia al vicio del diseño del mecanismo.
        - "*Contracting in its entirety*": hace referencia a la necesidad de realinear incentivos y de crear estructuras de gobierno que rellenen los espacios, corrijan errores y se adapten.

7. Las posiciones de WILLIAMSON como máximo exponente de la "*New Institutional Economics*" (NIE) fijan **unos aspectos constitutivos esenciales que sirven como marco del objeto de esta investigación:**

- **Una organización económica se concreta en un momento por, al menos, <u>las relaciones internas que mantenga y por las transacciones externas que haya concretado</u> (contratación en los mercados).**
- **Los criterios o las explicaciones para optar por una determinada selección entre mantener relaciones internas o externas pueden alcanzarse a través de marcos analíticos distintos (coste de la transacción, teoría de la agencia), pero todos confluyen en que la explicación final se alcanza por ser la combinación más eficiente en costes (para cada marco analítico). <u>El criterio económico, el buscado beneficio, es, por tanto el que determina las distintas configuraciones de la organización empresarial en cada momento.</u>**

B. La propiedad como factor condicionante de las relaciones, las transacciones, el beneficio y el control de la empresa.

1. Las personas físicas poseen una evolución homogénea, necesaria e inevitable (desde la niñez a la edad adulta), pero las empresas disponen de infinitas posibles configuraciones en el tiempo (mientras sus ingresos y sus entradas de caja sean superiores a sus gastos y salidas de caja). Por ello, además del marco identitario/analítico válido para un momento concreto (el conjunto de las

---

  - Ambas teorías confluyen en que el Consejo de Administración emana endógenamente como un instrumento de control.
- Sus diferencias:
  - Ambas se refieren a perspectivas de la actividad de la empresa distintas:
    - La teoría de la Agencia proyecta sus concepciones y examina los contratos en el diseño original de la organización, esto es, desde una perspectiva de alineación de incentivos ex ante de la actividad; como un punto de partida para la selección de los contratos y su contenido.
    - La teoría del coste de la transacción económica se ubica en perspectivas de resolución del problema ex post, durante su ejecución, elaborando estructuras de gobierno con las que la integridad del contrato es decidida durante su ejecución.
  - Derivada de la anterior:
    - La teoría del coste de la transacción económica presta mucha atención y se centra en evitar el conflicto y a la maquinaria para el procesamiento de las disputas evitando los tribunales ("*Private ordering rather than court ordering in thus the principal arena"*, WILLIAMSON, OLIVER E. "The mecanisms of Governance", Oxford Univerity Press, 1996) a través de las formas de gobierno, estando enfocado en los costes de la mala adaptación.
    - La teoría de la agencia apenas se fija en la resolución de las disputas, centrándose ex ante en la alineación de intereses en la contratación considerando que los problemas posteriores son resueltos por la dirección, midiendo la pérdida de valor de la organización.
  - Ambas poseen unidades de análisis distintas (aunque las dos son unidades microanalíticas y ambas se refieren a los contratos):
    - La teoría de la agencia considera al agente.
    - La teoría del coste de la transacción económica a la transacción.

relaciones internas y externas que mantenga en ese momento), debe indagarse sobre la existencia de patrones identitarios/analíticos que estén presentes en todas las versiones posibles de lo que consideramos empresa (para cualquier configuración empresarial de relaciones internas y transacciones externas).

Un seguimiento de esos patrones se alcanza a través del marco analítico propuesto por HANSMANN[2128] en "*The ownership of Enterprise*"[2129] y que pone el foco en la **propiedad de las empresas** y las variables, de nuevo económicas, que determinarían la misma. HANSMANN parte de que los dueños de las empresas siempre existen y son aquellos que comparten dos derechos formales:

- **El derecho a controlar la empresa**[2130], entendida como la autoridad para determinar los aspectos de la política de una empresa que, por los altos costes de las transacciones o por previsiones imperfectas, no pueden ser especificados en los contratos ex ante y debe dejarse a la discreción de aquellos en quién se deposita la autoridad[2131] de la operación diaria.
- **El derecho a apropiarse de los beneficios de la misma,** entendidos como ganancias residuales, esto es, las ganancias netas que quedan en la empresa después de que ha hecho todos los pagos a los que está contractualmente comprometida.

Y fija para su investigación el concepto de **"Patrons**", entendido como el conjunto de personas que transan con la empresa bien como compradores de los productos de la empresa o como vendedores de suministros, trabajo u otros factores de producción (tanto los individuos como otras empresas). De acuerdo con el "Cambridge Dictionary", el contenido genérico de la palabra engloba a la persona o grupo que da soporte a una actividad u organización, especialmente dando dinero. Sería traducible como patrocinadores/patronos; en adelante se continuará utilizando la expresión inglesa de Patrons del autor, al ser un concepto autónomo.

Con esos elementos, HANSMANN **resalta como en casi todas las empresas que tienen dueños, los mismos empiezan y terminan por ser Patrons, esto es, sujetos con los que la empresa mantenía transacciones:**

- Esto resulta obvio para las cooperativas de productores o consumidores, que son propiedad de los proveedores o de los clientes.
- Pero también sucede en el caso de las **corporaciones empresariales estándar**, que **son propiedad de personas que prestan capital a la empresa**. Así, las convencionales empresas propiedad de inversores no son nada distinto de un

[2128] Henry B. Hansmann.
[2129] HANSMANN (2000).
[2130] El autor es consciente de que el control formal no tiene porqué traducirse en control efectivo, en relación a las situaciones en las que los accionistas limitan su ejercicio del control a la elección de los miembros del Consejo de Administración o a determinadas votaciones sobre acontecimientos tasados, pero este hecho no afecta a su marco analítico.
[2131] El autor realiza un planteamiento ex ante y apunta a las estructuras de gobierno como soluciones a las situaciones posteriores (no previsibles), lo que le acerca a la teoría de la agencia en los términos expresados en líneas precedentes.

tipo de cooperativa de producción, **una cooperativa de prestamistas o una cooperativa de capital**.

Para expresarlo con un ejemplo, HANSMANN propone Partir de una cooperativa de granjeros que aportan leche[2132]:

- La empresa cooperativa compra y paga a sus dueños (o miembros) un determinado precio por la leche. El precio queda fijado a la baja para que la empresa tenga unas ganancias residuales.
- Al final del año, las ganancias residuales son repartidas entre los miembros en función de la cantidad de leche que hayan vendido a la cooperativa, y se distribuye como dividendos.
- Todos los derechos de voto de la empresa están repartidos entre los miembros, bien en función de la leche que se vendió, bien, de forma más sencilla, con un voto cada uno.
- Si la firma se liquida, cualquier valor neto existente se divide y reparte entre los miembros.
- No todos los granjeros que proporcionan leche a la cooperativa tienen que ser dueños (serán proveedores), pero en ese caso se les paga un precio fijado por la leche (normalmente superior al de los que son dueños) y (i) no participan de las votaciones y (ii) no participan de las ganancias residuales.

Y, desde lo anterior, contemplar en contraste una hipotética cooperativa de capital:

- Los miembros de la cooperativa de capital prestan a la empresa una determinada cantidad de dinero, que la empresa usa para comprar maquinaria y suministros para su operación diaria (por ejemplo para fabricar queso con la leche que compran de la anterior cooperativa). La empresa cooperativa paga a sus dueños (o miembros) un determinado precio (**tipo de interés**) por el dinero, fijado a la baja para que la empresa tenga unas ganancias residuales.
- Al final del año, las ganancias residuales son repartidas entre los miembros en función de la cantidad de dinero que hayan prestado a la cooperativa, y se distribuye como dividendos.
- Todos los derechos de voto de la empresa están repartidos entre los miembros, bien en función del dinero que se prestó, bien, de forma más sencilla, con un voto cada uno.
- Si la firma se liquida, cualquier valor neto existente se divide y reparte entre los miembros.
- Si existen necesidades suplementarias de capital, no todos los prestamistas que proporcionan dinero a la cooperativa tienen que ser dueños, pero en ese caso se les paga un precio (tipo de interés) fijado por el dinero (normalmente superior al de los que son dueños) y (i) no participan de las votaciones y (ii) no participan de las ganancias residuales.

[2132] El caso de las cooperativas de consumidores o compras es la misma, pero los derechos de voto y de participación en los beneficios se reparten en función de las compras que hacen a la cooperativa, en lugar de las ventas que se le hacen.

2. Así, HANSMANN lanza su definición de **cooperativa como empresa en la que la propiedad es asignada a un grupo de los Patrons de la empresa** y desde la misma, y como quienes prestan el capital a las empresas son sólo uno de los muchos tipos de Patrons con los que de forma continuada acuerda la empresa, **las corporaciones de negocio no serían sino un tipo de cooperativas productivas de capital**[2133].

Y esto permite a HANSMANN concretar que en realidad, y desde la perspectiva de los rasgos definitorios de la propiedad de las empresas, sólo existirían tres tipos de empresa:

- **El emprendedor**, en el que el dueño no sería un Patron:
  - El dinero necesario procedería de préstamos y el resto de necesidades de producción y corporativas se contratarían a terceros.
  - El emprendedor controla la actividad y recibe las ganancias netas después de vender el output y de pagar los inputs.
- **Las cooperativas**, en los que los dueños sería alguno o algunos de los Patrons que ejercen el control y obtienen las ganancias netas.
- **Las organizaciones sin ánimo de lucro**, en las que quienes ejercen el control tienen prohibido recibir las ganancias netas de la empresa.

El paso del emprendedor a la cooperativa se produciría por las múltiples ventajas de esta última forma organizativa que, de nuevo, se explicaría por mejoras económicas que HANSMANN explica a través de la ya comentada teoría de agencia y que se traduciría en que el control y el reparto de beneficios ya no estaría en manos exclusivas del emprendedor, sino (normalmente) de una comunidad de Propietarios (Patrons de capital, de bienes productivos, de fuerza laboral, etc.).

3. Como sustento teórico complementario de lo anterior, HANSMANN señala a la teoría de las empresas como nexos de contratos[2134], más precisamente, a que una empresa es en esencia el firmante común de un grupo de contratos. Algunos de estos contratos son con vendedores de suministros o servicios que la empresa usa como inputs, otros son contratos laborales con personas que proporcionan trabajo, otros son contratos de préstamo con bonistas, bancos y otros proveedores de dinero, y otros son los contratos de venta desarrollados con los compradores de los productos. En el caso del emprendedor, él firma estos contratos; en el caso de las corporaciones, es la entidad legal la que firma los contratos.

Esos contratos determinan una serie de obligaciones y derechos, **pero también dejan a la empresa algunas áreas de decisión no fijadas en el contrato** (por ejemplo un contrato de trabajo permite dirigir al empleado; un contrato de

[2133] Sólo haciendo no plenamente intuitivo lo anterior el hecho de que normalmente el tipo de interés fijado para los prestamistas dueños es cero. Pero, como dice HASMANN, esto no es mas que un acuerdo (podría no ser cero).
[2134] De nuevo, propio de la teoría de la agencia.

préstamo normalmente permite la aplicación del dinero conforme se desee; un contrato de venta normalmente permite decidir el método de producción). **Y el derecho a ejercitar esta liberalidad (o libertad -de empresa-) es un elemento vital del control de la empresa.**

En términos generales, cada transacción en la que participa una empresa está integrada en alguna de estas dos situaciones:

- **Contratación de mercado**[2135]: el Patron sólo trata con la empresa a través del contrato, y no es propietario. Sólo puede controlar el comportamiento de la empresa a través de la puesta en valor del contrato.
- **Propiedad:** cuando el Patron es dueño de la empresa, tiene la posibilidad de añadir al control del contrato el control del comportamiento de la empresa a través de los mecanismos de gobierno interno.

4. Cada transacción puede poseer unos costes de contratación en el mercado que pueden verse reducidos como consecuencia de asumir un Patron la propiedad de la empresa, por ejemplo en situaciones:

- **De posición de poder en el mercado de la empresa:** si las empresas poseen una gran cuota de mercado o son monopolísticas, el acceso a la propiedad de los clientes puede evitar (i) pagar los precios del monopolio o posiciones cercanas al mismo; (ii) bajadas de consumo por ese exceso de precio.
- **De la vinculación que genere la contratación (lock in):** situaciones en las que el consumidor o el proveedor comienza una relación con una empresa para la que tiene que hacer importantes inversiones. El acceso a la propiedad de los clientes o proveedores puede evitar las consecuencias de esa dependencia (ejemplo clásico de integración vertical).
- **De los riesgos de la contratación a largo plazo:** derivadas de las modificaciones de los costes de producción sin correlación con el precio. El acceso a la propiedad elimina el coste.
- **De la información asimétrica:** propia de las negociaciones, una de las partes puede poseer información no compartida que de hacerse modificaría sustancialmente la contratación. El acceso a la propiedad abre la transmisión de la información y elimina el oportunismo.

Como cualquier contrato puede poseer esos u otros costes, el otorgar la propiedad a alguno o algunos de los Patrons puede tener sentido para no desperdiciar la oportunidad de reducir costes (los propios de la contratación), por lo que una empresa puede plantearse cuál es el coste más bajo de la asignación de la propiedad (o, desde la perspectiva de la cuenta de resultados, la que aporta mayor beneficio neto de las transacciones entre la empresa y los Patrons).

[2135] Señala HANSMANN que no tiene por qué ser un mercado competitivo, ni tampoco relaciones a corto plazo.

5. Y, además, el mantener el control de las relaciones y transacciones y de los beneficios por los propietarios tiene asociados unos costes, vinculados a las dos características definitorias de la propiedad:

a. Asociados al ejercicio del control:

(**i) El coste del Control de la Dirección.** En las empresas grandes, y especialmente en aquellas con gran cantidad de propietarios, estos deben generalmente delegar una cantidad importante de su autoridad. Esto lleva a que una gran cantidad de la toma de decisiones se concentre en el Consejo de Administración que, a su vez, delega muchas decisiones operacionales a la alta dirección.

Esta delegación posee los que convencionalmente se han denominado **costes de agencia** que pueden descomponerse en:

- **Costes de monitorización:** son aquellos que se requieren si se quiere que el Patron-propietarios controle eficazmente a la dirección, y que incluye:

    - Informarse ellos mismo de las operaciones de la empresa.
    - Comunicarse entre ellos intercambiando información y tomando decisiones.
    - Llevar a la efectividad dichas decisiones a través de la dirección.

Estos costes pueden variar en función del Patron que se considere, de su relación con la empresa (que suele ser inversamente proporcional a la importancia, frecuencia y duración de las transacciones del Patron con la empresa) e incluso de la proximidad física del mismo con la empresa.

- **Costes de oportunismo de la dirección:** son los derivados de situaciones de lesión del beneficio neto de la empresa con aumento del beneficio del directivo ("self-dealing" o meter la mano en la caja) pero sobre todo el derivado de una excesiva retención de las ganancias: la retención de beneficios creando un amortiguador contra la adversidad e incrementando el tamaño de la empresa que los directivos controlan.

(ii) El coste de los procesos de decisión colectivos. Cuando hay muchos propietarios de una empresa con identidades e intereses diversos, junto con los costes de agencia puede haber diferencias importantes de opinión en relación a las políticas y los programas de la empresa, que deben resolverse mediante mecanismos políticos, y los costes son los de estos mecanismos políticos (por ejemplo de información y votación), tanto los del proceso en sí mismo como los de las malas decisiones a las que puede llevar.

b) Derivados del derecho a los beneficios netos.

(i) **El coste del riesgo**. El riesgo que asume una empresa suele reflejarse en sus beneficios netos y pueden existir propietarios (y Patrons potenciales propietarios) con distinta aversión al riesgo por, por ejemplo, tener su capital diversificado. Dar

la propiedad a un Patron con mayor diversificación puede dar lugar a decisiones operativas de más riesgo (y mayores potenciales ganancias, pero también pérdidas).

(ii) **Costes de emprendimiento**. Son los propios de la creación de una nueva empresa o los asociados al cambio de la propiedad de la empresa.

La consecución de los resultados de la empresa con la estructura de costes más baja sería aquella que minimizara el resultante de la suma de los costes de la contratación del mercado (relaciones internas vs transacciones externas) y la suma de los costes de la propiedad, **influyendo en ambos la clase de propietario que tenga el control de la empresa.**

5. Este marco analítico que sirve a **HANSMANN** para su propósito que es la doble explicación de por qué la propiedad de las empresas es generalmente dada a alguno de los Patrons y qué factores determinan el concreto Patron -capital, proveedores, trabajadores, compradores- al que le es dada la propiedad en cualquier empresa, propósito que escapa al objeto de esta investigación pero que, como se verá a continuación, **proporciona un fructífero marco de consenso para nuestras necesidades.**

C. Algunas conclusiones

1. El estado de la ciencia empresarial converge en que las empresas pueden ser consideradas analíticamente desde el equilibrio que presenten el conjunto de relaciones internas y de transacciones externas de las que disponga.

Los criterios para explicar esos equilibrios de relaciones internas o externas pueden variar (coste de la transacción, costes de agencia), pero todos los marcos confluyen en que la combinación responderá a la forma más eficiente en costes, siendo **el criterio económico el que determinaría las distintas configuraciones de la organización económica en cada momento.**

2. La organización económica es en cada momento el resultado de la voluntad de quienes posean la capacidad de decisión de esa configuración que son, en principio, los propietarios que deciden unirse bajo (o adquirir) una determinada estructura de reparto de derechos políticos y económicos, de control y de participación en los beneficios netos (partiendo, normalmente, estructuras de emprendimiento).

Determinadas categorías de propietarios que mantienen relaciones con la empresa (patrons en los términos de HANSMANN) poseen unas características que les dan una posición más ventajosa para, desde la perspectiva de los costes, asumir la propiedad de las empresas.

3. Desde esa inicial posición de control, **la decisión y el control de la actividad de contratación (externa) y corporativa (relaciones internas) puede ser desarrollada de forma directa por los propietarios (y antes de la aparición de éstos por el**

emprendedor), pero la capacidad de control directo de los propietarios es inversamente proporcional (va desapareciendo conforme crece):

- A la cantidad de propietarios que convivan en una empresa y a la heterogeneidad de los propietarios (clases de propietarios) que convivan en una empresa;
- Al incremento del volumen de la actividad de transacción externa de la empresa;
- Al incremento de las relaciones internas de la empresa.

De acuerdo con HANSMANN (1) la cantidad y composición de los propietarios, (2) el volumen de actividad de contratación y (3) la actividad interna de la empresa, están interrelacionados y responde a **la fuerza económica** de minimizar la suma de los costes de la contratación del mercado pero también la **de minimizar la suma de los costes de la propiedad.**

3. La pérdida de control directo del propietario (crecimiento sin límite de las variables consideradas) estaría permitida (y fomentada desde los tiempos de SMITH) por el ordenamiento (y por la sociedad, que lo consideraría una institución idónea para la creación de riqueza), situación que daría lugar a nuevos contextos:

- Para la contratación con los mercados y el desarrollo de las transacciones externas contractuales.
- Para la actividad interna corporativa desarrollada en el espacio de libertad permitido por esos contratos con los mercados.

4. La elección y puesta en operación de mecanismos para controlar la anterior actividad por los propietarios (conforme van perdiendo su capacidad de control directo y, como mínimo, para asegurarse el alcanzar los beneficios buscados) **constituye un patrón analítico específico distinto de los hasta ahora considerados, llegando a los siguientes cuatro componentes analíticos que influirían en la actividad empresarial:**

(1) Los propietarios;
(2) La actividad de contratación externa de la empresa (transacciones externas);
(3) La actividad corporativa interna de la empresa (relaciones internas);
(4) La actividad de control indirecto de los propietarios (1) sobre, al menos, (2) y (3).

Si la propiedad puede ejercer de forma directa el control de la actividad interna y de las transacciones externas (un único accionista administrador, una actividad externa homogénea -por cuantiosa que sea- o una estructura interna pequeña o con una única localización) no se aplicará actividad de control indirecto alguno o será poco relevante (por no necesitarlo y por suponer un coste); pero cuanto mayor sea la heterogeneidad de la propiedad, el volumen de transacciones externas o de relaciones internas, más necesaria será esa actividad de control indirecto.

Esta última línea de actividad (control indirecto de los propietarios) tiene un necesario coste que afectaría, de nuevo, a (1) la composición de los propietarios, (2) el volumen de actividad de contratación y (3) la actividad corporativa, de acuerdo con **la fuerza económica de minimizar la suma de los costes de la contratación del mercado y la suma de los costes de la propiedad (4).**

IV. El consenso en la solución al control indirecto de los propietarios.

A. Los orígenes

El desarrollo control de la actividad empresarial tal y como se concibe actualmente, no se comprende sin la actividad legislativa de EEUU como reacción al caso Watergate y a las investigaciones derivadas del mismo. Estas mostraron el origen de los fondos que financiaron la campaña de reelección del Presidente Nixon en el año 1972 en la caja B de múltiples empresas no contabilizadas (y por tanto también ocultas a los accionistas, "propietarios" de las empresas), destinadas al pago de políticos nacionales (i.e. a la campaña de reelección de Nixon) pero también a políticos extranjeros (también a gobiernos comunistas, en el marco de la guerra fría).

Así, y como reacción a las mismas, en el año 1977 el Congreso de los EEUU (Senado y Cámara de Representantes) bajo la Presidencia de Jimmy Carter aprobó la Ley de Prácticas corruptas en el extranjero (FCPA –Foreign Corrupt Practices Act), que incorporó como estándares de contabilidad, la obligación de las empresas cotizadas de desarrollar **y mantener un sistema de controles de contabilidad interna** suficientes para proporcionar seguridades razonables de que:

- Las transacciones se ejecutaran de conformidad con la autorización general o específica de la administración;
- Las transacciones se registraran según fuera necesario:
    - Para permitir la preparación de estados financieros conforme a principios contables de aceptación general u otros criterios aplicables a dichos estado; y
    - Para mantener la contabilidad de los activos.
- El acceso a los activos se permitiera solamente de acuerdo con la autorización general o específica de la administración; y
- La contabilidad registrada de los activos se comparara con los activos existentes a intervalos razonables y se tomaran las medidas pertinentes con respecto a las diferencias que existan.

Con esos antecedentes, en el año 1985 el "American Institute of Certified Public Accountants" (AICPA), el "American Accounting Association" (AAA), el "Financial Executives Institute" (FEI), el "Institute of Internal Auditors" (IIA), y la "National Association of Accountants" (NAA) se unieron para llevar a cabo un análisis del sistema americano de reporte financiero y crearon y financiaron la Comisión Nacional de Reporte Financiero Fraudulento, Presidida por James C. Treadway Jr.

El trabajo de la "Treadway Commission" se extendió hasta octubre 1987 con la publicación del informe de la Comisión que, partiendo de un posicionamiento sobre el estado del sistema de reporte financiero, acumulaba recomendaciones asociadas a las empresas cotizadas (Capítulo 2), a los auditores de cuentas (Capítulo 3), a la Securities and Exchange Commission -SEC- (Capítulo 4), sobre la educación (Capítulo 5) e incorporaba pautas de buenas prácticas ("guidelines") para evaluar el riesgo de informes financieros fraudulentos, para el Comité de Auditoría o para los informes de la Dirección.

En el desarrollo del anterior cometido, la Comisión identificó (y reflejó en su informe) la necesidad de **desarrollar un marco de referencia único para el control interno de las empresas que pudiera ser utilizado por los profesionales y las empresas cotizadas para valorar la fortaleza o debilidad de sus sistemas**. Las entidades que habían creado y financiado la "Treadway Commission" decidieron que esa necesidad debía ser resuelta, por lo que acordaron un nuevo enfoque, soporte y misión enfocada a la creación y seguimiento de ese marco de referencia. En 1989 se inició un proceso para madurar la necesidad identificada y transformarla en una propuesta, sumando para ello al Comité los conocimientos y aportaciones de ejecutivos de IBM, AT&T, Shell Oil, Household International, de socios de la auditora Coopers & Lybrand (que en 1997 se fusionaría con Price Waterhouse, dando lugar a PwC) y de alrededor de un millar de personas a través de entrevistas, respuestas a cuestionarios, talleres y pruebas de campo.

Tras tres años de trabajo, **en septiembre de 1992 se publicó el Marco integrado de Control Interno**, que incorporada en su portada la denominación con la que pasó a ser conocido, **COSO**: "Committee of Sponsoring Organizations (COSO) of the Treadway Commission" (en un primer momento se consideró denominarlo COSOTR).

Así, la misión inicial del Comité se superó y se transformó en proporcionar liderazgo mediante el desarrollo de marcos generales y orientación sobre la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude diseñado para mejorar el rendimiento de las organizaciones, de sus órganos de gobierno y para reducir el alcance del posible fraude, lo que sigue desarrollado hasta hoy con los siguientes marcos:

- **Control interno:**
  - **"Internal Control - Integrated Framework"** (Control Interno - Marco integrado) de **1992**;
  - **"Internal Control - Integrated Framework"** (Control Interno - Marco integrado) de **2013**, que sustituye al de 1992**.**
- **Gestión del Riesgo:**
  - **"Enterprise Risk Management (ERM) – Integrated Framework"** (Gestión del Riesgo Empresarial - Marco integrado) de **2004;**
  - **"Enterprise Risk Management - Integrating with Strategy and Performance"** (Gestión del Riesgo Empresarial - Integrando Estrategia y Desempeño) de **2017**, sustituye al de 2004.

B. Propagación del estándar COSO en EEUU

1. COSO 1992 y su incorporación al "Statement Auditing Estándar 78" (AU § 319)

Tres años después la publicación COSO en 1992, en diciembre de 1995 el "American Institute of Certified Public Accountants" (AICPA, organización sin ánimo de lucro que determina los estándares contables de la profesión en EEUU que se proyectan como referentes internacionalmente y miembro de COSO) publicó el "Statement on Auditing Standar 78" (SAS) revisando su definición de control interno (contenida en el SAS 55), y determinando como nueva definición y descripción de control interno la establecida por el marco COSO, y ello por considerar que el marco estaba ya en esos momentos convirtiéndose en el marco aceptado de forma extensa por las empresas americanas como el referente del control interno.

Así, la nueva definición dada por la AICPA de Control interno lo concreta como un "*proceso llevado a cabo por el Consejo de Administración, la Dirección y el resto del personal de una organización, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de aseguramiento razonable para la consecución de los objetivos en las siguientes categorías: (a) fiabilidad de la información financiera, (b) efectividad y eficiencia de las operaciones, y (c) cumplimiento de las leyes y regulaciones"*[2136]. Y, a continuación, determina que el control interno consiste en los siguientes cinco componentes interrelacionados[2137]:

a. "Entorno de control: fija el tono de la organización, generando la conciencia de control en su gente. Es el origen fundacional del resto de los componentes del control interno, proporcionando disciplina y estructura.
b. Evaluación de riesgos: es la identificación y análisis por la organización de los riesgos relevantes para la consecución de sus objetivos, fijando una base de cómo esos riesgos deben ser gestionados.
c. Actividades de control: son las políticas y procedimientos que ayudan a que los mandatos de los directivos se materialicen.
d. Información y comunicación: identificación, captación e intercambio de información en una forma y en un marco temporal que permite a las personas desarrollar sus responsabilidades.
e. Supervisión: proceso que evalúa la calidad de la ejecución del control interno a lo largo del tiempo".

[2136] AU Section 319, punto 6.
[2137] AU Section 319, punto 7.

Junto a lo anterior, el SAS 78 incorporó el resto de elementos de COSO 1992 asentando un nuevo estándar para toda la profesión de la auditoría (AU § 319). El antiguo AU §319 está recogido ahora el AU-C §315[2138] [2139]:

- Que específicamente define el control interno con la remisión directa al concepto del estándar COSO[2140];
- Que presenta una reproducción del esquema del marco COSO (AU-C §315.A69).
- Que es aplicable a la auditoría de cualquier empresa que sea objeto de auditoría de cuentas (incluidas las pequeñas empresas).

2. *COSO 1992, su vinculación con SOX y con las Reglas 240 del Securities Exchange Act*

Las obligaciones de Control interno de las empresas estadounidenses, desde el marco fijado por la FCPA y tras la publicación del primer marco COSO de control interno en 1992, tuvieron una nueva proyección en la normativa norteamericana como consecuencia, principalmente, del fraude contable y bursátil de Enron destapado a finales de 2001 y la desaparición de su auditora Arthur Andersen, al que siguieron otros como el de WorldCom.

En ese marco el Congreso de los EEUU (Senado y Cámara de Representantes) aprobó el 30 de julio de 2002 la conocida como la Ley Sarbanes-Oxley[2141] (SOX). Dentro del amplio marco de regulaciones (entre ellas la definición de los delitos asociados al fraude contable, Título VIII "Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002"), SOX fijó en su Sección 404 las nuevas medidas de control interno a adoptar por las empresas cotizadas, pasando a exigirse:

- Que la administración de las empresas cotizadas evalúe la existencia y efectividad del control interno de la información financiera ("Internal control over financial reporting" -ICFR-). En concreto se regulan como elementos de control interno:
    - El código Ético (Sección 406).
    - El comité de Auditoría (Sección 301) y la presencia en él de expertos financieros (Sección 407).
    - Los informes financieros (Secciones 302, 401 y 403).

[2138] "*Understanding the Entity and Its Environment and Assessing the Risks of Material Misstatement*"; https://us.aicpa.org/content/dam/aicpa/research/standards/auditattest/downloadabledocuments/au-c-00315.pdf

[2139] Y que posee una nueva redacción dada por la SAS 145, de octubre de 2021, de aplicación a las auditorías de ejercicios económicos que terminen el 31 de diciembre de 2023 o después, y que de nuevo refiere a COSO como metodología de referencia (A16). https://www.aicpa-cima.com/resources/download/aicpa-statement-on-auditing-standards-no-145 (ultima consulta 30.06.2024).

[2140] "*This section recognizes the definition and description of internal control contained in Internal Control—Integrated Framework, published by the Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*".

[2141] Por sus promotores en el Senado, Paul Sarbanes, y en la Cámara de Representantes, Michael G. Oxley

    - Los informes anuales que la SEC pueda exigir (Sección 404).
- Que el auditor de la compañía cotizada certifique e informe sobre la evaluación del control interno efectuado por los administradores, en los términos fijados en la Sección 103 (a) (2) (A) (iii):
    - Determinando el alcance de la valoración de la estructura de control interno y de sus procedimientos.
    - Fijando las conclusiones de esa valoración
    - Determinando si el control interno:
        - Incluye el registro en un detalle razonable de las transacciones y disposiciones de la mercantil.
        - Asegura de forma razonable que ese registro da lugar a una comunicación de información financiera pública conforme a los estándares contables aplicables.
    - Describiendo las debilidades materiales de los controles internos.
    - Determinando los incumplimientos identificados
    - Con supervisión de los informes por la SEC (Sección 408).

SOX determinó que era a la SEC a la que correspondía fijar las reglas a través de las cuales se incorporaran los nuevos requerimientos de información sobre control interno de la información financiera a los requerimientos generales de suministro de información de las compañías cotizadas, obligación genérica contenida en las Secciones 13 (a) y 15 (d) de la "Securities Exchange Act" de 1934.

La SEC publicó el 18 de junio de 2003[2142], cumpliendo el mandato de SOX, las reglas 240.13a-15 de controles y procedimientos del "Securities Exchange Act" de 1934, **señalando[2143] que su definición de control interno era la fijada por el marco COSO**, si bien a lo largo de las explicaciones de la regla se referirían al "Auditing Standar" 78 (AU §319, que a su vez plasma COSO de forma íntegra como hemos visto), porque el AU §319 resulta un referente más formal y accesible a todas las personas que el marco COSO.

Así, la SEC define el Control Interno de la información financiera (240.13a-15, f) como "*un proceso diseñado por o bajo la supervisión del primer ejecutivo de la compañía y los principales directivos financieros, llevado a cabo por el Consejo de Administración, la dirección y resto del personal de una organización, con el objeto de proporcionar un grado de aseguramiento razonable de la fiabilidad de la información financiera y de los informes financieros emitidos por la compañía a efectos externos a la misma, de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados, incluyendo las políticas y procedimientos que:*

1. *Afectan al mantenimiento de registros que con un detalle razonable reflejen de manera precisa y justa las transacciones y disposiciones de los activos del registrante;*

[2142] Modificadas el 27 de agosto de 2007,
[2143] https://www.federalregister.gov/documents/2003/06/18/03-14640/managements-report-on-internal-control-over-financial-reporting-and-certification-of-disclosure-in (última consulta 30.06.2024)

2. *Proporcionan garantías razonables de que las transacciones se registran de forma que permitan la preparación de los estados financieros de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados, y que los gastos de la organización se realizan solo de acuerdo con las autorizaciones de los administradores y los directores; y*
3. *Proporciona garantías razonables con respecto a la prevención o detección oportuna de adquisiciones no autorizadas, uso o disposición de los activos de la organización que podrían tener un efecto material en los estados financieros*".

Además, SOX creo (Sección. 101) el "Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)", organización encargada de la supervisión (Sección 105) de las compañías auditoras de las empresas cotizadas que, hasta ese momento, se auto regulaban y que en relación a lo que nos ocupa, ha publicado:

- El "Auditing Standard nº 2" (9.03.2004)[2144], sobre los estándares para el desarrollo de una auditoría de los reportes de las medidas control interno desarrolladas conforme a las previsiones de las secciones 404 y 103 (a) (2) (A) de SOX, señalando (así lo incluye en los párrafos 14 y 15 del Auditing Standard nº 2):
    - Que en los Estados Unidos, el marco integrado de control interno de COSO es un marco adecuado para la valoración del control interno implementado por la dirección.
    - Que las instrucciones en la Norma de Auditoría No. 2 se basan en el marco de control interno establecido por COSO debido a la frecuencia con la que se espera que la dirección de las empresas públicas utilice ese marco para sus evaluaciones. Otros marcos adecuados se han publicado en otros países y probablemente se publiquen en el futuro. Aunque diferentes marcos pueden no contener exactamente los mismos elementos que COSO, deberían tener elementos que abarquen todos los temas generales de COSO. Por lo tanto, el auditor debería poder aplicar los conceptos y la orientación en la Norma de Auditoría No. 2 de manera razonable si la dirección utiliza un marco adecuado que no sea COSO.
    - Que las consideraciones especiales para las empresas pequeñas y medianas incluidas dentro de COSO son adecuadas para el uso del juicio del auditor, incluso más que el apéndice que originalmente incluía la norma propuesta por el Comité. Por esta razón, el apéndice propuesto fue eliminado de la Norma de Auditoría No. 2 y reemplazado con una referencia directa a las consideraciones especiales dentro de COSO.

[2144] https://assets.pcaobus.org/pcaob-dev/docs/default-source/rulemaking/docket008/2004-03-09_release_2004-001-all.pdf?sfvrsn=d3a1ce4a_0

- El "Auditing Standard nº 5" (12.07.2007)[2145] [2146], que revisa el anterior en base a los costes que la implementación del mismo suponía, y que mantiene la definición del control interno de la información financiera (definición A5) adoptando el criterio de la Regla 240 de la SEC, esto es, la definición de COSO. Determina además la PCAOB la necesidad de que el Auditor identifique el marco de control que utilice la empresa (lo denomina Criterio de Control) y lo siga para determinar el grado de implementación del mismo (punto 5 de estándar), poniéndose como ejemplo concreto y principal COSO y Turnbull -ver a continuación-. Ese criterio de control debe además quedar fijado por escrito por los directivos (punto 75 b del estándar).

3. *COSO 2013 y su incorporación al "Green Book: Standards for Internal Control in the Federal Government"*

La United States Government Accountability Office (US GAO, oficina de rendición de cuentas del Gobierno de los E.E.U.U.), es una agencia independiente del poder legislativo dentro del Gobierno federal. Suele conocerse como "*el brazo investigador del Congreso*" o "*el guardián del Congreso*", y examina la forma en que se gastan los impuestos del contribuyente y asesora a los legisladores y a los responsables de organismos del Ejecutivo sobre mejoras en los métodos de trabajo del Gobierno y las agencias federales, para ayudar a mejorar el rendimiento y a garantizar la rendición de cuentas del Gobierno federal en beneficio del pueblo estadounidense.

El 10 septiembre de 2014, US GAO publicó la actualización de su libro verde[2147], conteniendo el marco de control interno para todas las agencias federales, que anualmente deben realizar un informe sobre su control interno. Y, de forma completa (definiciones, objetivos, componentes, principios y puntos de interés), la US GAO adopta como marco para toda la administración americana el modelo COSO 2013, reproduciendo su contenido e indicando expresamente que el Libro Verde adapta estos principios para un entorno gubernamental.

C. Propagación global del estándar COSO

1. La "*International Federation of Accountants*" (IFAC) o Federación Internacional de Contables en castellano, es una organización internacional fundada en 1977 que agrupa a las principales organizaciones profesionales de contabilidad de 135 países nacionales de auditores de cuentas, entre las que, por ejemplo, se encuentran la ya mencionada AICPA de Estados Unidos o el Instituto de Censores Jurados de Cuentas en España.

[2145] https://assets.pcaobus.org/pcaob-dev/docs/default-source/rulemaking/docket_021/2007-06-12_release_no_2007-005a.pdf?sfvrsn=9685a498_0

[2146] Modificado por acuerdo de la PCAOB de 21 de junio de 2022 para fortalecer los requisitos y responsabilidades que se aplican a los auditores que planifican y realizan auditorías que involucran a otras firmas de contabilidad y contadores individuales, en vigor par aauditrías de ejercicios que terminan el 31 de diciembre de 2024 y posteriores.

[2147] https://www.gao.gov/assets/gao-14-704g.pdf (ultima consulta 30.06.2024).

Esta organización busca servir al servicio público mejorando la relevancia, reputación y valor de la profesión contable global. En ese contexto y para materializar sus objetivos, entre las acciones que ha emprendido se encuentra el desarrollo de los "International Standard on Auditing" (ISA) o, traducido, Normas Internacionales de Auditoría (NIA) que guíen, con las mejores prácticas, la labor de los auditores y contables, lo que realiza a través de la actividad del International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB), Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento en castellano.

Dentro del conjunto NIAs, se encuentra la denominada NIA 315, que ha tenido las siguientes vigencias:

- NIA 315: "*Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno*", a aplicar a periodos que comiencen en o a partir del 15 de diciembre de 2013.
- NIA 315 (Revisada 2019): "*identificación y valoración del riesgo de incorrección material*", a aplicar a periodos que comiencen en o a partir del 15 de diciembre de 2021.

Esta NIA trata de la responsabilidad que tiene el auditor de identificar y valorar los riesgos de incorrección material en los estados financieros, mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno, incluido el control interno de la entidad, **y posee gran importancia para el auditor en la etapa de planificación de la auditoría, porque es cuando debe programar los trabajos de la misma y un entorno de control interno débil hace que no se pueda confiar en la información que le aporten los sistemas de la entidad** y que la misma deba ser obtenida por otras vías para poder materializar el desempeño de su labor de identificación de incorrecciones materiales en los estados financieros.

2. Esta NIA[2148], parte de definir el sistema de control interno como "*el sistema diseñado, implementado y mantenido por los responsables del gobierno de la entidad, la dirección y otro personal, con la finalidad de proporcionar una seguridad razonable sobre la consecución de los objetivos de la entidad relativos a la fiabilidad de la información financiera, la eficacia y eficiencia de las operaciones, así como sobre el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. A los efectos de las NIA, el sistema de control interno comprende cinco componentes interrelacionados:*

(i) el entorno de control;
(ii) el proceso de valoración del riesgo por la entidad;
(iii) el proceso de la entidad para el seguimiento del sistema de control interno;
(iv) el sistema de información y comunicación
(v) las actividades de control." [2149]

[2148] Todas las referencias literales al contenido de la norma se efectúan al partir del contenido sometido a información pública por el ICAC de la norma NIA-ES 315 R 2019, conforme se expresa en el apartado que sigue.
[2149] Punto 12 m NIA-ES 315 R 2019 sometido a información pública.

"El sistema de control interno de la entidad puede estar reflejado en manuales de políticas y procedimientos, en sistemas y formularios, y en la información que contienen, y lo realizan personas. El sistema de control interno de la entidad es implementado por la dirección, por los responsables del gobierno de la entidad y por otro personal en función de la estructura de la entidad. El sistema de control interno de la entidad se puede aplicar, en base a las decisiones de la dirección, de los responsables del gobierno de la entidad o de otro personal, y en el contexto de requerimientos legales y reglamentarios, al modelo operativo de la entidad, a su estructura legal o a una combinación de ambos. […] El sistema de control interno de la entidad incluye aspectos relacionados con los objetivos de información de la entidad, incluidos sus objetivos de información financiera, pero puede también incluir aspectos relacionados con sus objetivos operativos o de cumplimiento, cuando dichos aspectos son relevantes para la información financiera" [2150].

Es decir la NIA 315 R 2019, hereda la definición de COSO del control interno, sus tres tipos de objetivos y su conceptualización a través de sus cinco componentes. Y si se acude a su anexo 3, donde se proporcionan explicaciones más detalladas sobre los componentes del control interno, se detallan como elementos de cada componente los principios y puntos de interés de COSO.

La NIA 315 R 2019 se dirige a todas las entidades independientemente de su dimensión o complejidad y la guía de aplicación incorpora consideraciones específicas tanto para entidades menos complejas como para entidades más complejas.[2151].

3. Así, cualquier empresa auditada del mundo de acuerdo con las normas NIA es valorada, en cada ejercicio, desde estos estándares de control interno y esos cinco componentes.

D. Propagación Europea y española del estándar COSO a través de las NIA

1. En el año 2006 la Unión Europea aprobó la Directiva 2006/43/CE[2152] relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, que vio en estas normas internacionales de auditoría el mecanismo para garantizar una calidad elevada y homogénea de todas las auditorías legales exigidas por el Derecho comunitario y enunció un principio claro: "*Todas las auditorías legales deben realizarse, por lo tanto, sobre la base de normas internacionales de auditoría*[2153]", lo que desarrolla:

[2150] Puntos 1 y 3 del anexo 3 de la NIA-ES 315 R 2019 sometido a información pública.

[2151] "*Aunque la dimensión de una entidad puede ser indicativa de su complejidad, algunas entidades de pequeña dimensión pueden ser complejas y algunas entidades de mayor dimensión pueden ser menos compleja*". Punto 9 NIA 315 (Revisada 2019): "*identificación y valoración del riesgo de incorrección material*".

[2152] Directiva 2006/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 , relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo.

[2153] Considerando 13 de la Directiva 2006/43/CE.

- Incorporando en su art. 2.11 la definición de Normas Internacionales de Auditoría (NIA) y declaraciones y normas relacionadas siempre que sean pertinentes para la auditoría legal.
- Determinando la obligación de los Estados miembros de exigir que los auditores legales y las sociedades de auditoría efectúen las auditorías legales de acuerdo con las normas internacionales de auditoría adoptadas por la Comisión[2154].

La Comisión Europea solicitó a los Estados miembros la traducción de las NIA a la lengua oficial de cada Estado miembro para, en su caso, de acuerdo con la Directiva, la adopción por aquella y su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Hasta la fecha la Comisión Europea no ha adoptado las NIA con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 48 de la Directiva 2006/43/CE, siendo así que desde el ámbito comunitario se está optando, en la práctica, por la alternativa de que las NIA traducidas a la lengua oficial de cada Estado miembro sean adaptadas por cada uno de los Estados a su marco jurídico nacional particular, para su aplicación efectiva en el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas en el menor plazo posible[2155].

2. En el caso de España, las normas de auditoría constituyen los principios y requisitos que deben observar los auditores de cuentas en la realización del trabajo de auditoría de cuentas y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable e independiente[2156], considerándose normas de auditoría las contenidas en la L 22/2015, en su Reglamento de desarrollo[2157], en las normas internacionales de auditoría adoptadas por la Unión Europea y en las normas técnicas de auditoría, entendiéndose por normas internacionales de auditoría las normas internacionales de auditoría, la norma internacional de control de calidad y otras normas internacionales emitidas por la Federación Internacional de Contables a través del Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento (IAASB).

Las normas técnicas de auditoría, las normas de ética y las normas de control de calidad interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría se elaborarán, adaptarán o revisarán, de conformidad con los principios generales y práctica comúnmente admitida en los Estados miembros de la Unión Europea así

[2154] Art. 26.1 Directiva 2006/43/CE . Además determina el art. 26 que los Estados miembros:
- Podrán aplicar una norma nacional de auditoría mientras la Comisión no haya adoptado una norma internacional de auditoría que contemple el mismo aspecto.
- Solo podrán imponer procedimientos o requisitos de auditoría que sean adicionales a las normas internacionales de auditoría o, en casos excepcionales, no aplicar partes de estas normas, si se derivan de requisitos jurídicos nacionales específicos relativos al alcance de la auditoría legal.

[2155] Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España.

[2156] Art. 2.2 L 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

[2157] RD 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

como con las normas internacionales de auditoría adoptadas por la Unión Europea, por las corporaciones de derecho público representativas de quienes realicen la actividad de auditoría de cuentas, previa información pública durante el plazo de dos meses y serán válidas a partir de su publicación, mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en BOICAC [2158].

Mediante resolución de 15 de octubre de 2013, el ICAC publicó las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA) para su aplicación en España (NIA-ES), es de aplicación obligatoria para los auditores de cuentas y sociedades de auditoría en el desarrollo de los trabajos de auditoría de cuentas referidos a las cuentas anuales o estados financieros correspondientes a ejercicios económicos que se inicien a partir de 1 de enero de 2014.

Entre las mencionadas normas aprobadas y publicadas se encuentra la NIA-ES 315 "*Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno*". La última versión de la NIA aprobada por el IAASB ha sido objeto de traducción e información pública mediante resolución del ICAC de 4 de mayo de 2021[2159], y aprobada mediante resolución del ICAC de 14 de octubre de 2021[2160].

3. Así, **todas las auditorías desarrolladas en España están ya valorando para cada empresa los elementos de control internos COSO, con la proporcionalidad propia de cada entidad auditada.** En sentido reflejo, todos los órganos de administración de las empresas auditadas tienen que estar atentos a esos parámetros y, de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital, en caso de que un Consejo de Administración posea constituido un Comité de Auditoría, el mismo deberá supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, todo ello sin quebrantar su independencia, pudiendo presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración y el correspondiente plazo para su seguimiento[2161].

[2158] Art. 2.4 L 22/2015.
[2159] BOE num. 116 de 15 de mayo de 2021.
[2160] BOE num. 252 de 21 de octubre de 2021.
[2161] Art. 529 quaterdecies RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

E. Propagación en el sector institucional público europeo y español del estándar COSO

La influencia del marco COSO de control interno en el sector público supera también al continente americano, y es el marco de referencia del control interno también del funcionamiento de la Comisión Europea desde el año 2017[2162] [2163]:

- "*Este marco complementa la Regulación Financiera y otras normas y regulaciones aplicables con el objetivo de alinear los estándares de la Comisión con los más altos estándares internacionales establecidos por el marco del Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO). Este último fue revisado en 2013 para pasar de un sistema basado en el cumplimiento a un sistema basado en principios con el objetivo de garantizar un sólido control interno a través de una evaluación consistente por parte de la Comisión, al tiempo que proporciona la flexibilidad necesaria para permitir que los departamentos se adapten a sus características y circunstancias específicas. Esto también ayudará a mejorar el rendimiento operativo de los departamentos de la Comisión. Para mantenerse al día con estos cambios recientes en el marco de las mejores prácticas internacionales, es apropiado actualizar en consecuencia el marco de control interno de la Comisión".*
- *"El nuevo Marco de Control Interno consta de cinco componentes de control interno y 17 principios basados en el Marco de Control Interno Integrado COSO 2013.*
    - *Los componentes de control interno son: el entorno de control, la evaluación de riesgos, las actividades de control, la información y comunicación y las actividades de monitoreo. Son los bloques fundamentales que sustentan la estructura del marco y respaldan a la Comisión en sus esfuerzos por alcanzar sus objetivos. Los cinco componentes están interrelacionados y deben estar presentes y ser efectivos en todos los niveles de la organización para que el control interno de las operaciones se considere efectivo.*
    - *Con el fin de facilitar la implementación del marco de control interno y la evaluación de la dirección sobre si cada componente está presente y funcionando, y si los componentes funcionan bien juntos, cada componente consta de varios principios. Trabajar con estos principios ayuda a proporcionar una seguridad razonable de que se cumplen los objetivos de la organización. Los principios especifican las acciones requeridas para que el control interno sea efectivo".*

Por acercarlo a la actividad de los operadores judiciales encargados de la valoración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta a su vez **el marco de control interno de la propia Fiscalía Europea**, tal y como determina la

[2162] Informe de revisión del marco de control interno, de 19 de abril de 2017 ;https://commission.europa.eu/system/files/2018-10/revision-internal-control-framework-c-2017-2373_2017_en.pdf

[2163] Informe anual sobre las agencias de la UE correspondiente al ejercicio 2018, de 11 de diciembre de 2019, apartados 2.33, 2.34 y 2.35: "*Complementa el Reglamento Financiero a fin de armonizar las normas de control interno y las normas internacionales más estrictas que se establecen en el marco del Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO)*".

Decisión del Colegio 18/2021 de 24 de marzo de 2021 que fija su marco de control interno[2164].

Además, es el marco utilizado también por el sector público español:

- Por los auditores públicos españoles en su actividad de auditoría de las empresas del sector público, al haberse adaptado[2165] por la Intervención General del Estado la norma NIA-ES 315 para su uso en los informes de auditoría pública, mediante Resolución del Interventor General de la Administración del Estado de 25 de octubre de 2019[2166], denominándose NIA-ES-SP-1315 "*Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno*"[2167].
- Por los equipos de fiscalización financiera y de cumplimiento del Tribunal de Cuentas[2168].

F. Contenido del marco COSO 1991-2013, de control interno.

1. COSO concibe el control interno[2169] como un **proceso llevado a cabo por el Consejo de Administración, la Dirección y el resto del personal de una organización, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de aseguramiento razonable para la consecución de los objetivos relativos a las operaciones, a la información y al cumplimiento.**

Esos objetivos están comprometidos por posibles acontecimientos futuros que, contemplados *ex ante*, se denominan riesgos. En concreto, el marco define el

[2164] 1. Context and definitions. […]: "*The Internal Control Framework consists of five internal control components and 17 principles based on the COSO 2013 Internal Control-Integrated Framework*"; https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-04/2021.018_Decision_Internal_Control_Framework.pdf (última consulta 30.06.2024).

[2165] El art. 166.1 L 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, establece la competencia de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) para desarrollar las normas referentes a los informes de auditoría pública, las cuales establecerán el contenido, destinatarios, y el procedimiento para la elaboración de dichos informes.

[2166] Acudir además al respecto al contenido y al Anexo I de la Guía de ayuda de la Oficina Nacional de Auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado, para elaborar la descripción del sistema de Control Interno sobre la información financiera de la entidad y la evaluación de los principales riesgos asociados a la generación de las cuentas anuales (Nota Técnica 1/2017 de la ONA sobre el procedimiento de "términos del documento de inicio de la Auditoría de Cuentas" -TDA-).

[2167] https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Copia_Electrónica_NIA-ES-SP%201315%20%20NOTA.pdf (última consulta 30.06.2024).

[2168] Acudir al respecto al contenido y al Anexo I del "*Manual de procedimientos de Fiscalización de regularidad*", Tribunal de Cuentas. Aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de junio de 2015 y modificado por Acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de 22 de diciembre de 2016, págs. 14 a 19.

[2169] Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) Control Interno – Marco Integrado. Marco y Apéndices, 2013; https://www.coso.org/internal-control (última consulta 30.06.2024).

riesgo como "*la posibilidad de que un evento ocurra y afecte negativamente a la consecución de los objetivos*" [2170].

Para COSO las empresas establecen una misión, una visión, adoptan estrategias y fijan objetivos concretos y planes para alcanzarlos que pueden verse comprometidos por esos riesgos, por esos acontecimientos futuros que los comprometen. Esos **objetivos** (coherentes con la Misión, la visión y la Estrategia) a perseguir por todas las áreas de la organización, que COSO clasifica en tres:

- **Operacionales:** son los que determinan la eficacia y eficiencia de las operaciones de la organización, incluidos sus objetivos de desempeño, financieros y operativos, y la protección de sus activos frente a posibles pérdidas.
- **De información:** recogiendo la historia de la Treadway Commission, son los relativos a la información financiera (i.e contabilidad) y no financiera (i.e. informe de gobierno corporativo) interna y externa.
- **De cumplimiento:** son los relacionados con el **cumplimiento de las leyes y regulaciones a las que está sujeta la organización.**

En concreto, la metodología se refiere a los objetivos de cumplimiento de la siguiente manera:

> *"Las organizaciones deben llevar a cabo sus actividades, y a menudo adoptar medidas específicas, de acuerdo con las leyes y regulaciones aplicables. A la hora de definir sus objetivos de cumplimiento, la organización debe comprender qué leyes, reglas y regulaciones son aplicables transversalmente a la organización. Muchas leyes y regulaciones son, en general bien conocidas, como por ejemplo aquellas que guardan relación con los recursos humanos, la fiscalidad y el cumplimiento de la legislación medioambiental; pero otras pueden resultar menos conocidas, como por ejemplo aquellas aplicables a una organización que quiera llevar a cabo sus operaciones en una jurisdicción o territorio extranjero remoto.*
>
> *Las leyes y las regulaciones establecen unas normas mínimas de conducta esperables de una organización. La organización debe incorporar estas normas a los objetivos establecidos para la organización. Algunas organizaciones fijarán objetivos a un nivel de desempeño superior al requerido por las leyes y regulaciones. A la hora de fijar estos objetivos, la dirección puede ejercer prudencia en relación a la actividad de la organización. Por ejemplo, una ley en particular podría limitar el número de horas que un menor de edad pueda trabajar fuera del horario escolar hasta un máximo de 18 horas a la semana. Sin embargo, una cadena de restaurantes podría optar por limitar dicho máximo de horas para menores de edad a 15 horas a la semana.*

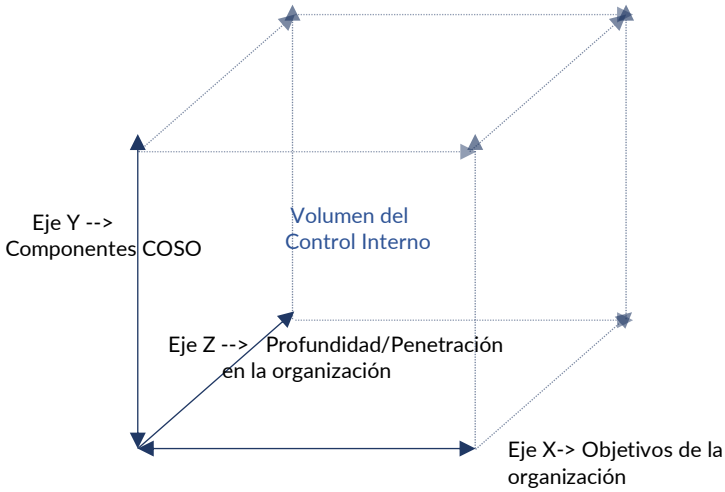
[2170] COSO (2013) apartado 6. Evaluación de riesgos.

Para efectos del Marco, el cumplimiento de las políticas y procedimientos internos de una organización, en contraposición al cumplimiento de las leyes y regulaciones externas tales como las descritas anteriormente, hace referencia a los objetivos operacionales"[2171].
[…]
En el momento en el cual se determine que el sistema de control interno es efectivo, la alta dirección y el consejo de administración tendrán una seguridad razonable en relación a las siguientes categorías de objetivos: […]
De cumplimiento – la organización cumple las leyes, reglas y regulaciones aplicables[2172]*"*

Partiendo de lo anterior, COSO señala que si las organizaciones activan de forma integrada los 5 componentes de su sistema (integrados cada uno por una serie de principios con unos puntos de interés -características importantes de los principios-), alcanzarán un grado de aseguramiento razonable para la consecución de los objetivos (el control de la propiedad). Esos componentes son:

- El entorno de Control
- La evaluación de Riesgos
- Actividades de control
- Actividades de Información y comunicación
- Actividades de supervisión

Lo anterior es representado gráficamente por COSO a través del siguiente cubo, cuyo volumen representa el espacio de control interno:



2. Este marco de control interno, que ya se encuentra impregnado en las organizaciones empresariales y en las instituciones públicas (extranjeras y también españolas) de forma masiva, incorpora, estructura y contiene todos y cada uno de

[2171] Ibid. apartado 2. Objetivos, componentes y principios.
[2172] Ibid. apartado 3. Efectividad del control interno.

los elementos que comúnmente se agrupan bajo el concepto de compliance[2173] y ello porque **este marco es el resultado institucional y consensuado de la autorregulación surgida en paralelo al FCPA** y porque lo que hoy se consideran programas de compliance se nutren, histórica y materialmente, de su contenido: **una de las tres líneas de actividad (integradas) asociadas a una de las tres categorías de objetivos que contiene el marco es la de cumplimiento (compliance) con la normativa que le sea aplicable a la organización, incluyendo la penal[2174].**

Por contrastar su contenido, por ejemplo, con la propuesta de valoración de elementos de lo que se considera compliance como la de CIGÜELA SOLA para el nivel meso (organización)[2175]:

(i) Frente a los riesgos meso de defectos de estructura organizativa[2176] el marco COSO integraría los siguientes componentes y actuaciones:

a. COSO Componente 1 Entorno de control:
   i. Principio 3: La dirección establece, con la supervisión del Consejo, las estructuras, las líneas de reporte y los niveles de autoridad y responsabilidad apropiados para la consecución de los objetivos de cumplimiento normativo.
   ii. Principio 5: La organización define las responsabilidades de las personas a nivel de control interno para la consecución de los objetivos de cumplimiento normativo.
b. COSO: Componente 2 Evaluación de Riesgos:
   i. Principio 6: La organización define los objetivos con suficiente claridad para permitir la identificación y evaluación de los riesgos relacionados.
   ii. Principio 7: La organización identifica los riesgos para la consecución de sus objetivos en todos los niveles de la organización y los analiza como base sobre la cual determinar cómo se deben gestionar.
   iii. Principio 9: La organización identifica y evalúa los cambios que podrían afectar significativamente al sistema de control interno.
c. COSO: Componente 3 Actividades de control:
   i. Principio 10: La organización define y desarrolla actividades de control que contribuyen a la mitigación de los riesgos hasta niveles aceptables para la consecución de los objetivos.

[2173] Así como los requerimientos de los sistemas a los que refiere el art. 31 bis CP.
[2174] Sobre COSO y su consideración para la valoración de los programas de compliance, NIETO MARTIN (2023 b) pág. 23.
[2175] "*Tanto el "nivel macro" como el "micro" forman parte de aquello que la empresa no puede modificar directamente, pues depende de otros agentes sociales (estatales, sectoriales o individuales) sobre los que la empresa no tiene poder de disposición (la empresa no puede modificar las normas estatales, ni manipular directamente el carácter de sus miembros)*", CIGÜELA SOLA (2019) pág. 8.
[2176] "*Por defectos en la estructura organizativa se entienden aquellos relacionados con la distribución de funciones y de roles en la empresa, con los sistemas de comunicación e información, con los sistemas de control y prevención de riesgos, y todo aquello que podríamos identificar con su realidad más tangible*", Ibid. pág. 11.

ii. Principio 11: La organización define y desarrolla actividades de control a nivel de entidad sobre la tecnología para apoyar la consecución de los objetivos.

d. COSO: Componente 4 Actividades de información y comunicación:
   i. Principio 14: La organización comunica la información internamente, incluidos los objetivos y responsabilidades que son necesarios para apoyar el funcionamiento del sistema de control interno.
   ii. Principio 15: La organización se comunica con las partes interesadas ("stakeholders") externas sobre los aspectos clave que afectan al funcionamiento del control interno.

e. COSO: Componente 5 Actividades de supervisión:
   i. Principio 16: La organización selecciona, desarrolla y realiza evaluaciones continuas y/o independientes para determinar si los componentes del sistema de control interno están presentes y en funcionamiento.
   ii. Principio 17: La organización evalúa y comunica las deficiencias de control interno de forma oportuna a las partes responsables de aplicar medidas correctivas, incluyendo la alta dirección y el consejo, según corresponda.

(ii) Frente a los riesgos meso de defectos de cultura corporativa[2177], el marco COSO integraría los siguientes componentes y actuaciones:

a. COSO: Componente 1 Entorno de control:
   i. Principio 1: La organización demuestra compromiso con la integridad y los valores éticos.
   ii. Principio 2: El consejo de administración demuestra independencia de la dirección y ejerce la supervisión del desempeño del sistema de control interno.
   iii. Principio 4: La organización demuestra compromiso para atraer, desarrollar y retener a profesionales competentes en alineación con los objetivos de la organización.

b. COSO: Componente 2 Evaluación de Riesgos:
   i. Principio 8: La organización considera la probabilidad de fraude al evaluar los riesgos para la consecución de los objetivos.

c. COSO: Componente 3 Actividades de control:
   i. Principio 12: La organización despliega las actividades de control a través de políticas que establecen las líneas generales del control interno y procedimientos que llevan dichas políticas a la práctica.

d. COSO: Componente 4 Actividades de información y comunicación:

[2177] "*Por defectos en su cultura/s corporativa/s se entiende todo lo que tiene que ver con las políticas, los valores, creencias y hábitos criminógenos, con las actitudes y creencias grupales y las dinámicas colectivas que han ido emergiendo de la interacción; en fin, todo aquello que podríamos identificar con la "filosofía" de la organización o con su realidad más intangible*", Ibid. pág. 11.

i. Principio 13: La organización obtiene o genera y utiliza información relevante y de calidad para apoyar el funcionamiento del control interno.

El estándar define además de forma muy concreta el contenido de los elementos a desarrollar para consolidar sus cinco componentes y sus diecisiete principios, como camino para lograr el aseguramiento razonable de consecución de objetivos ex ante (entre ellos el cumplimiento normativo) mediante la neutralización de riesgos que los comprometan (entre ellos el obtener beneficios derivados del incumplimiento de la normativa pública y, específicamente, de la comisión de delitos).

1. El entorno de control

El entorno de control es el conjunto de normas, procesos y estructuras que constituyen la base sobre la que llevar a cabo el sistema de control interno de la organización. Los principios y puntos de interés (contenido) del entorno de control son:

Principio 1: La organización demuestra compromiso con la integridad y los valores éticos.

Puntos de interés:

- "Tone at the top": El consejo de administración y la dirección deben demostrar a través de sus instrucciones, medidas y comportamiento la importancia de la integridad y de los valores éticos a la hora de apoyar el funcionamiento del sistema de control interno.
- Establece las normas de conducta: Las expectativas del consejo de administración y de la alta dirección en relación con la integridad y los valores éticos se definen en las normas de conducta de la organización y son comprendidas a todos los niveles de la organización así como por parte de los proveedores de servicios externalizados y socios comerciales.
- Evalúa el cumplimiento de las normas de conducta y aborda cualquier desviación de forma oportuna.

Principio 2: El consejo de administración demuestra independencia de la dirección y ejerce la supervisión del desempeño del sistema de control interno.

Puntos de interés:

- Establece las responsabilidades de supervisión, identificando y aceptando su responsabilidad de supervisión de la dirección.
- Aplica los conocimientos especializados relevantes, mediante la selección de miembros del Consejo de Administración con la capacitación necesaria.
- Opera con independencia, por contar con suficientes miembros independientes de la dirección y del capital.
- Proporciona supervisión para el sistema de control interno, validando el modelo/sistema del control interno.

Principio 3: La dirección establece, con la supervisión del consejo, las estructuras, las líneas de reporte y los niveles de autoridad y responsabilidad apropiados para la consecución de los objetivos.

Puntos de interés:

- Tiene en cuenta todas las estructuras de la organización (unidades operativas, organizaciones jurídicas, distribución geográfica y proveedores de servicios externalizados).
- Establece líneas de comunicación de información para cada estructura de la organización.
- Define, asigna y limita facultades y responsabilidades de cada estructura.

Con ocasión de este principio, COSO identifica (y desarrolla en el anexo B del marco "funciones y responsabilidades") los liderazgos del sistema a través del recurso de las tres líneas de defensa del control interno:

- **Primera línea de defensa**: la constituye la dirección y el resto del personal que se sitúan al frente de mantener un control interno efectivo en el día a día, con el cumplimiento (su conducta debe adecuarse) de las políticas, prácticas, procedimientos, manuales y los controles en ellos definidos (ver a continuación principio 4).
- **Segunda línea de defensa**: la constituye las funciones de del soporte negocio proporcionan orientación con respecto a los requisitos de control interno y evalúan el cumplimiento de las normas definidas. Por ejemplo, el personal de las áreas de Riesgos, de Control, de servicios jurídicos o de cumplimiento.
- **Tercera línea de defensa:** la constituye los auditores internos, evaluando y comunicando información sobre el sistema de control interno y recomendando medidas correctivas o mejoras que serán tomadas en consideración por la dirección e implantadas.

Principio 4: La organización demuestra compromiso para atraer, desarrollar y retener a profesionales competentes enalineación con los objetivos de la organización.

Puntos de interés:

- Establece políticas y prácticas que reflejan las expectativas y competencias necesarias de los profesionales para respaldar la consecución de los objetivos.
- Evalúa las competencias disponibles y aborda la falta de las mismas.
- Atrae, desarrolla y retiene a profesionales.
- Planifica y prepara la sucesión.

Principio 5: La organización define las responsabilidades de las personas a nivel de control interno para la consecución de los objetivos.

Puntos de interés:

- Aplica la responsabilidad por la rendición de cuentas a través de estructuras, autoridad y responsabilidad.
- Establece parámetros de desempeño, incentivos y recompensas asociadas a las responsabilidades adoptadas en todos los niveles de la organización.
- Evalúa los parámetros de desempeño, incentivos y recompensas para mantener su relevancia.
- Tiene en cuentas las presiones excesivas.
- Evalúa el desempeño y recompensa o aplica medidas disciplinarias a los profesionales oportunos

2. La evaluación de riesgos

La evaluación de riesgos implica un proceso para identificar y analizar la posibilidad de que un evento ocurra y afecte negativamente a la consecución de los objetivos. los riesgos asociados a la consecución de los objetivos de la organización. La dirección debe considerar los posibles cambios que se puedan producir en el entorno externo así como aquellos dentro de su propio modelo de negocio y que puedan impedir su capacidad para lograr los objetivos. Los principios y puntos de interés de la evaluación de riesgos son:

Principio 6: La organización define los objetivos con suficiente claridad para permitir la identificación y evaluación de los riesgos relacionados.

Puntos de interés:

(i) Objetivos Operacionales
- Reflejan las decisiones de la dirección.
- Considera las tolerancias al riesgo.
- Incluyen metas de desempeño financiero y de operaciones
- Forman una base sobre la cual se asignan recursos.

(ii.1.1) Objetivos de Información Financiera Externa
- Cumple las normas contables aplicables: recoge este principio las previsiones de la FCPA del año 1977.
- Considera la materialidad.
- Refleja las actividades de la organización: de nuevo recoge este principio las previsiones de la FCPA del año 1977.

(ii.1.2) Objetivos de Información No Financiera Externa
- Cumple las normas y marcos establecidos externamente.
- Considera el nivel necesario de precisión.
- Refleja las actividades de la organización.

(ii.2) Objetivos de la Información Interna
- Refleja las decisiones de la dirección.
- Considera el nivel necesario de precisión.
- Refleja las actividades de la organización.

(iii) Objetivos de Cumplimiento
- Refleja las leyes y regulaciones externas.
- Tiene en cuenta las tolerancias al riesgo.

Principio 7: La organización identifica los riesgos para la consecución de sus objetivos en todos los niveles de la organización y los analiza como base sobre la cual determinar cómo se deben gestionar.

Puntos de interés:

- Incluye los niveles de organización, filial, división, unidad operativa y función. En la representación gráfica de COSO, constituye el eje Z que aporta el volumen al cubo, su profundidad, y marca la extensión del control interno.
- Analiza factores internos y externos que puedan afectar a la consecución de los objetivos y, por tanto, definan riesgos.
- Involucra a los niveles apropiados de la dirección.
- Estima la importancia de los riesgos identificados.
- Determina cómo responder a los riesgos.

Principio 8: La organización considera la probabilidad de fraude al evaluar los riesgos para la consecución de los objetivos.

Puntos de interés

- Tiene en cuenta distintos tipos de fraude.
- Evalúa los incentivos y las presiones, con potencial afectación en el incentivo del fraude.
- Evalúa las oportunidades, las ocasiones para el fraude (adquisiciones, uso o venta de activos no autorizados, alteración de registros contables de la organización o realización de otros actos irregulares). De nuevo, la proyección de la FCPA de 1977.
- Evalúa las actitudes y justificaciones que puedan darse ante una constatación de un hecho potencialmente constitutivo de fraude.

Principio 9: La organización identifica y evalúa los cambios que podrían afectar significativamente al sistema de control interno.

Puntos de interés:

- Evalúa los cambios en el entorno externo regulatorio, económico y físico en el que opera la organización.
- Evalúa los cambios en el modelo de negocio, en su relación con el entorno externo.
- Evalúa cambios internos en la alta dirección.

3. Actividades de control

Las actividades de control son las acciones establecidas a través de políticas y procedimientos que contribuyen a garantizar que se lleven a cabo las instrucciones de la dirección para mitigar los riesgos que incidan en la consecución de los objetivos. Se llevan a efecto a todos los niveles de la organización, en las diferentes etapas de los procesos de negocio y sobre el entorno tecnológico. COSO no determina qué controles específicos se deben seleccionar, desarrollar o desplegar para que un sistema de control interno sea efectivo, que es algo que

corresponde al criterio profesional adoptado por la dirección de las empresas. Los principios y puntos de interés de las actividades de control son:

Principio 10: La organización define y desarrolla actividades de control que contribuyen a la mitigación de los riesgos hasta niveles aceptables para la consecución de los objetivos.

Puntos de interés:

- Se integra con la evaluación de riesgos, definiéndose los controles necesarios para mitigar riesgos específicos.
- Evalúa distintos tipos de actividades de control (i.e. Autorizaciones, verificaciones, controles físicos, de datos, conciliaciones, supervisión y todos ellos preventivos o de detección).

Principio 11: La organización define y desarrolla actividades de control a nivel de entidad sobre la tecnología para apoyar la consecución de los objetivos.

Puntos de interés:

- Establece actividades de control relevantes sobre las infraestructuras tecnológicas.
- Establece actividades de control relevantes sobre los procesos de gestión de la seguridad.
- Establece actividades de control relevantes sobre los procesos de adquisición, desarrollo y mantenimiento de tecnologías.

Principio 12: La organización despliega las actividades de control a través de políticas que establecen las líneas generales del control interno y procedimientos que llevan dichas políticas a la práctica.

Puntos de interés:

- Establece políticas y procedimientos para respaldar la implantación de las instrucciones adoptadas por la dirección. Definidos los controles (principio 10), se integran en el día a día de las actividades de los empleados (primera línea, ver Principio 3) a través de políticas que establecen lo que se espera de ellos así como procedimientos relevantes que especifican las actuaciones a realizar.
- Establece responsabilidades sobre la ejecución de las políticas y procedimiento, determinando quién ha de hacer qué controles y en qué momento.
- Adopta medidas correctivas en caso de incumplimiento.
- Revisa las políticas y procedimientos periódicamente para confirmar que las actividades de control siguen siendo relevantes y las actualiza cuando es necesario.

4. Actividades de Información y comunicación

Conectando con el origen histórico de la FCPA y la actividad de la Treadway Commission, la información (hechos/ideas/datos) y su trasmisión (comunicación) interna y externa, es necesaria para poder materializar los objetivos de la empresa (incluidos los de cumplimiento, con la necesaria transmisión externa). Los principios y puntos de interés de las actividades de información y comunicación son:

Principio 13: La organización obtiene o genera y utiliza información relevante y de calidad para apoyar el funcionamiento del control interno.

Puntos de interés

- Identifica requisitos de información, que se necesitan tanto otros componentes del control interno (entorno de control, evaluación de riesgos, actividades de control, supervisión) como para la consecución de los objetivos de la organización.
- Capta fuentes de datos internos y externos.
- Procesa datos relevantes y los transforma en información.
- Mantiene la calidad a lo largo de todo el proceso.
- Evalúa costes y beneficios — La naturaleza, cantidad y precisión de la información comunicada es proporcional y soporta la consecución de los objetivos (no existe sobreinformación).

Principio 14: La organización comunica la información internamente, incluidos los objetivos y responsabilidades que son necesarios para apoyar el funcionamiento del sistema de control interno.

Puntos de interés:

- Comunica la información de control interno para posibilitar que todo el personal comprenda y desempeñe sus responsabilidades de control interno.
- Se comunica con el Consejo de Administración de forma que disponga de la información necesaria para cumplir sus funciones en línea con los objetivos de la organización.
- Facilita líneas de comunicación independientes -como canales de denuncias– que actúan como mecanismos seguros, de forma que la comunicación de información se haga de manera anónima o confidencial complementando a los canales existentes.
- Define el método de comunicación relevante teniendo en cuenta el marco temporal, el público y la naturaleza de la información.

Principio 15: La organización se comunica con las partes interesadas ("stakeholders") externas sobre los aspectos clave que afectan al funcionamiento del control interno.

Puntos de interés:

- Se comunica con las partes interesadas (stakeholders) externas: accionistas, socios, propietarios, organismos reguladores, clientes y analistas financieros, entre otras.

- Permite la recepción de comunicaciones de clientes, consumidores, proveedores, auditores externos, reguladores, analistas financieros y demás terceros realicen contribuciones, lo cual permite que la dirección y el consejo de administración reciban información relevante.
- Facilita líneas de comunicación independientes -como canales de denuncias– que actúan como mecanismos seguros, de forma que la comunicación de información se haga de manera anónima o confidencial complementando a los canales existentes.
- Define el método de comunicación relevante teniendo en cuenta el marco temporal, el público y la naturaleza de la información, así como los requisitos y asuntos de carácter jurídico.

5. Actividades de supervisión

Son actividades de evaluación (continua o puntual) para determinar si cada uno de los cinco componentes del sistema de control interno están presentes y funcionan adecuadamente. Los principios y puntos de interés de las actividades de supervisión son:

Principio 16: La organización selecciona, desarrolla y realiza evaluaciones continuas y/o independientes para determinar si los componentes del sistema de control interno están presentes y en funcionamiento.

Puntos de interés:

- Tiene en cuenta un mix o combinación de evaluaciones continuas e independientes.
- Emplea personal capacitado.
- Se integra con los procesos de negocio.
- Ajusta el alcance y la frecuencia.
- Evalúa de forma objetiva.

Principio 17: La organización evalúa y comunica las deficiencias de control interno de forma oportuna a las partes responsables de aplicar medidas correctivas, incluyendo la alta dirección y el consejo, según corresponda.

Puntos de interés:

- La dirección o el consejo de administración, según corresponda, analiza los resultados de las evaluaciones continuas e independientes.
- Comunica las deficiencias a aquellos responsables de adoptar medidas correctivas, así como a la alta dirección y al consejo de administración, según corresponda.
- Controla las medidas correctivas para determinar si las deficiencias se solucionan de manera oportuna y puntual.

G. Evolución de COSO 1992 a COSO 2013

Tras 20 años desde la publicación del marco COSO de 1992, en el año 2013 el Comité publicó el marco COSO 2013 como sustituto del anterior, fruto de su revisión. Tal y como recoge el prólogo del nuevo marco, se conserva la definición básica de control interno y de sus cinco componentes, pero se decantan en forma explícita por los 17 principios que en el anterior marco eran principios generales implícitos en el desarrollo del marco, principios que en COSO 2013 continúan siendo amplios para permitir su aplicación a cualquier categoría de objetivos y a cualquier organización.

Recoge COSO 2013 en su Apéndice F un resumen de los cambios efectuados con respecto a coso 1992, entre los que destacan que:

- **Entorno de control:**

Tiene en cuenta la globalización de los mercados y las operaciones, y las nuevas estructuras derivadas de ella y la mejora de los conceptos de Gobierno Corporativo. Las múltiples estructuras que definen a las organizaciones tras veinte años, ya sea por línea de productos, por geografía, por organización jurídica o por cualquier otro factor, exigen un enfoque flexible y multidimensional de cara al gobierno y el control, así como una sólida capacidad para comunicar la información oportuna de manera apropiada.

- **Evaluación de Riesgos:**

Reconoce los distintos papeles que desempeñan los reguladores y los organismos a la hora de establecer objetivos, proporcionar criterios para evaluar la gravedad de las deficiencias de control interno y para comunicarlas y aumenta la consideración de las expectativas antifraude. Muchas organizaciones habían modificado sus planteamientos, dejando atrás metodologías más prescriptivas y adoptando un enfoque basado en el riesgo y en el control interno. A medida que las organizaciones adoptan la gestión de riesgos y los programas de gestión de riesgos corporativos (ERM, ver a continuación), también tratan de conseguir una mayor claridad con respecto a cómo se tienen en cuenta las evaluaciones de riesgos en el contexto del control interno, y qué aspectos de la gestión de riesgos están tomando relevancia en función del control interno.

- **Actividades de control:**

Los cambios tecnológicos son los más evidentes desde 1992, tendiendo su reflejo en el análisis de las actividades de control, especialmente los automáticos.

- **Información y comunicación:**

Desde un aumento de la capacidad de comunicación y captación de datos asociado a la tecnología, este elemento recoge las variaciones asociadas a ella.

- **Supervisión:**

Al aplicar el marco original, los usuarios a menudo centraban en gran medida sus esfuerzos de supervisión en las actividades de control. En vista de los cambios que se han producido en los requisitos de información regulatoria en múltiples jurisdicciones, las organizaciones han empezado a tener en cuenta la supervisión en su contexto más amplio, asistir a la dirección a comprender cómo se están aplicando todos los componentes del control interno y si el sistema general de control interno opera de manera efectiva.

H. Otras soluciones a los costes de propiedad.

El estándar COSO Control interno no constituye el referente metodológico único para dar solución a los costes de propiedad, pero sin duda es el estándar más extendido habiéndose integrado en la valoración de cualquier empresa auditada del mundo (es donde podemos encontrar el consenso buscado que alcanza hasta lo institucional, público y normativo a nivel internacional).

En cualquier caso, otras propuestas para la solución de los costes de propiedad son los que siguen.

1. CoCo

El "Canadian Institute of Chartered Accountants" (CICA, actualmente denominado CPA -Chartered Professional Accountants of Canada"-, al fusionarse en el año 2014 con la "Certified General Accountant" -CGA- y la "Certified Management Accountant" -CMA-) y que fija los estándares contables y de auditoría de la profesión, publicó en el año 1995 la Guía de Control ("Guidance on Control") conocida como **"Criteria of Control" (CoCo).**

CoCo busca, partiendo de la publicación de COSO 1992, alcanzar una marco para que sea utilizado por los equipos y las personas de la organización de una forma más abarcable que el marco COCO, reconociendo expresamente en su Apéndice 1 la aceptación en EEUU de COSO y que, pese a las diferencias, la materialización de su propuesta metodológica supone la toma en consideración de los componentes de COSO, expresándose en dicho apéndice el reagrupamiento de los criterios CoCo en los cinco componentes de COSO.

CoCo parte de considerar a la organización como personas trabajando en perseguir objetivos, de forma que esos objetivos marcan lo que deba ser incluido o excluido de la organización. Este concepto permite hablar de organización referido a una empresa, a una asociación, a un acuerdo, a una agencia gubernamental a un departamento, a un equipo o a una persona, que es la unidad más pequeña de una organización. Una persona desarrolla una tarea/función guiada por la comprensión de un **Propósito (objetivo a alcanzar),** con el soporte de una **Capacidad (información, recursos, aprovisionamientos y herramientas/habilidades)**. La persona necesitará un sentido del **Compromiso** para desarrollar correctamente la tarea/función en el tiempo y **Monitorizará/supervisará** su actuación y el entorno con el que se relaciona, para **Aprender** cómo hacer mejor su tarea/función y qué cambios deban realizarse. Y

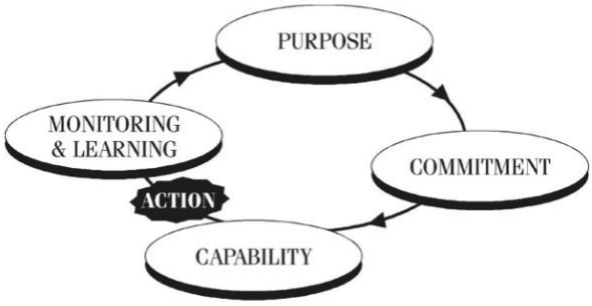
lo anterior, volviendo a estructuras superiores a la unidad, es válido para un equipo o un trabajo en grupo.

El control abarca los elementos de la organización (recursos, sistemas, procesos, cultura, estructura, tareas/funciones) que, en su conjunto, dan soporte a la gente en la consecución de los objetivos de la organización. Estos objetivos pueden clasificarse en las mismas categorías de COSO 1992:

- Operacionales: eficiencia y eficacia de las operaciones, lo que incluye los objetivos de la organización en áreas como el servicio al cliente, la protección y uso eficiente de los recursos, el beneficio y el cumplimiento de las obligaciones sociales. Incluye también la protección de los activos de la empresa frente a un uso inapropiado o pérdida y asegura que las obligaciones de la compañía son identificadas y gestionadas.
- De información: fiabilidad de los informes internos y externos, lo que incluye los objetivos de la organización relacionados con el mantenimiento del registro contable adecuado de las operaciones, la fiabilidad de la información interna y la fiabilidad de los informes externos. Se incluye el riesgo de fraude: el encubrimiento/ocultación del robo y la alteración de los resultados.
- De cumplimiento: cumplimiento de las leyes aplicables, regulaciones y políticas internas, lo que incluye los objetivos relacionados con asegurar que los temas de la organización son dirigidos de acuerdo con las obligaciones fijadas en esos textos.

Y el control será efectivo cuando proporcione un aseguramiento/confianza razonable de que la organización alcanzará sus objetivos. Dicho en sentido contrario, el control será efectivo cuando los riesgos no controlados de no conseguir los objetivos son aceptables. Así, el control incluye la identificación y mitigación de los riesgos que incluyen los riesgos de no conseguir los objetivos y dos riesgos específicos complementarios y fundamentales para la viabilidad y éxito de la organización: (i) fallar en mantener la capacidad de la organización de no identificar y explotar oportunidades y (ii) fallar en mantener la capacidad de resiliencia de la organización. Entendiendo por resiliencia la capacidad de responder y adaptarse a riesgos inesperados y oportunidades, y de tomar decisiones sobre la base de indicadores en ausencia de información definitiva.

Desde lo anterior, CoCo desarrolla 20 criterios agrupados por las categorías de **Propósito (objetivo a alcanzar), Capacidad (información, recursos, aprovisionamientos y herramientas/habilidades)**, **Compromiso Monitorización/supervisión y Aprender,** criterios que deben ser metas que trabajar de forma continuada en el tiempo, interpretadas en el contexto de objetivos concretos y evaluadas en cuanto a su desarrollo de forma conjunta y no aislada.



2. *Turnbull, actual "Guidance on Risk Management, internal control and related Financial and Business Reporting"*

El "Institute of Chartered Accountants in England and Wales" (ICAEW) es una organización profesional contable, que en el año 1999 publicó el informe "Internal Control: Guidance for Directors on the Combined Code", una guía para los directivos y administradores de empresas cotizadas sometidas al "UK Corporate Governance code", conocido como "Combined Code", normas de gobierno corporativo de las empresas cotizadas.

Los trabajos fueron desarrollados por profesionales de PwC, E&Y, HSBC, Diageo, y fueron presididos por Nigel Turnbull, CEO de Rank Group Plc, conociéndose la guía como el "Turnbull report". En el año 2005 el "Financial Reporting Council" (FRC, organización que se encarga de regular las profesiones de auditoría y contabilidad en el Reino Unido) publicó el resultado del trabajo del grupo creado para la revisión de la guía Turnbull ("Internal Control: Revised Guidance for Directors on the Combined Code") y que respetó en su práctica totalidad el planteamiento (principios), la estructura y contenido del original.

En el año 2011, FRC publicó el "Boards and Risk a Summary of discussions with companies, investors and advisers", informe que partía de las modificaciones del "UK Corporate Governance code" del año 2010 que determinó que los Consejos de Administración eran responsables de determinar la naturaleza y contenido de los riesgos significativos que estuvieran dispuestos a asumir para alcanzar sus objetivos estratégicos, debiendo mantener los sistemas de gestión de riesgo y de control interno. Desde esa modificación normativa, FRC mantuvo reuniones con responsables y representantes de las 40 empresas cotizadas más importantes de Reino Unido, con consultores y con inversores, y con organizaciones del sector. Las principales conclusiones de FRC que marcarían sus posteriores trabajos fueron:

- Que se habría producido un importante cambio en los Consejos de Administración en su enfoque de riesgo, en la línea del "UK Corporate Governance code" y de la responsabilidad del Consejo por la toma de decisiones estratégicas en base al riesgo.
- Una buena cultura corporativa se enfoca tanto en la gestión del riesgo como en el control interno que deben ser incorporados en los procesos de

dirección y administración normales de la compañía, no tratados como un ejercicio separado de cumplimiento.
- Que el marco Turnbull debía adaptarse a las nuevas regulaciones del "UK Corporate Governance code".

En septiembre del año 2014 FRC publicó la "Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting", que revisó, integró y reemplazó a la guía Turnbull de 2005, a la guía "Going Concern and Liquidity Risk: Guidance for Directors of UK Companies" y que incorporó a la metodología propuesta de control interno y gestión del riesgo los cambios acometidos en el "UK Corporate Governance code", nueva guía de aplicación a las sociedades cotizadas inglesas para los ejercicios contables que comenzaran tras el 1 de octubre de 2014. La guía no busca fijar en detalle el proceso mediante el cual la compañía diseñe e implemente sus sistemas de gestión de riesgo y control interno, sino, en la línea de Turnbull, fijar los principios que puedan guiar al Consejo de Administración, destacando el papel crucial que estos juegan en la cultura de gestión del riesgo y el comportamiento que promueven en sus empresas. La guía se estructura a través de la definición de las responsabilidades del Consejo de Administración en la gestión del riesgo y en el control interno (Sección 2), en los factores que el Consejo debe tener en cuenta para ejercitar de forma efectiva sus responsabilidades (Sección 3), recomendaciones para la implementación de los sistemas de gestión de riesgos y de control interno (Sección 4), la supervisión y revisión de los sistemas de gestión de riesgos y de control interno (Sección 5) y los reportes de información financiera y de negocio (Sección 6).

3. INTOSAI

INTOSAI (International Organization of Supreme Audit Institutions) es una organización no gubernamental creada en 1953 para la fiscalización pública con un estatus especial con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), y enfocada a la actividad de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), que son los órganos públicos nacionales encargados de fiscalizar las cuentas y la gestión financiera pública. El Tribunal de Cuentas forma parte de INTOSAI, y su Presidente es el Secretario General de EUROSAI, que es la organización regional para Europa de INTOSAI.

INTOSAI dispone de un Comité de Normas Profesionales (PSC –"Professional Standards Committee"-) que busca proporcionar un cuerpo normativo (ISSAI – "International Standards of Supreme Audit Institutions"-) para asegurar la auditoría independiente del sector público de la más alta calidad y promover la transparencia, la rendición de cuentas y la eficacia en el gobierno. Este Comité de Normas Profesionales (PSC) se organiza con un Comité rector y cuatro subcomités: (i) Sub-Comité de Auditoría Financiera (FAAS – "Financial Audit and Accounting Subcommittee"-); (ii) Sub-Comité para la Auditoria de Cumplimiento (CAS – "Compliance Audit Subcommittee"-); (iii) Sub-Comité para Auditoria de Rendimiento (PAS –"Performance Audit Subcommittee"-); (iv) Sub-Comité de Normas de Control Interno (ICS –"Internal Control Subcommittee"-).

Este último subcomité ha publicado los siguientes documentos de referencia:

- INTOSAI GOV 9100 – Guía de estandares de Control Interno para el sector público ("Guidance for Internal Control Standards for the Public Sector").
- INTOSAI GOV 9110 – Guía para informes sobre efectividad de los controles internos ("Guidance for Reporting on the Effectiveness of Internal Controls").
- INTOSAI GOV 9120 – Control Interno: base para la rendición de cuentas del Gobierno ("Internal Control: Providing a Foundation for Accountability in Government").
- INTOSAI GOV 9130 – Guía de estandares de Control Interno para el sector público – Información sobre la Gestión del Riesgo de Endidades ("Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector - Further Information on Entity Risk Management").
- INTOSAI GOV 9140 – Independencia de la Auditoría interna en el sector público ("Internal Audit Independence in the Public Sector").
- INTOSAI GOV 9150 – Coordinación y Cooperación entre las Entidades Fiscalizadoras Superiores y los auditores internos en el Sector Público ("Coordination and Cooperation between SAIs and Internal Auditors in the Public Sector").

4. COBIT

COBIT (Control Objectives for Information and Related Technologies) es un estándar tecnológico propuesto por ISACA, organización global cuyo propósito es ayudar a los profesionales de la tecnología empresarial y sus empresas a materializar el potencial positivo de la tecnología, y que se enfoca en el uso de ésta para alcanzar el control interno y el Gobierno empresarial.

Su primera versión es de 1996 (COBIT 1), a la que siguieron las de 1998 (COBIT 2), 2000 (COBIT 3), 2005 (COBIT 4), 2012 (COBIT 5) y en 2018 se publicó COBIT 2019, Guía de diseño de una solución de Gobierno de la Información y tecnología, que describe cómo una empresa puede diseñar una solución de gobierno empresarial para la información y la tecnología (I&T), en base a la metodología de COBIT 5.

Tal y como se expresó en la evolución del marco Turnbull, actualmente una buena cultura corporativa se enfoca tanto en la gestión del riesgo como en el control interno que deben ser incorporados en los procesos de dirección y administración normales de la compañía. Así, junto con las metodologías de control interno (primeras en el tiempo), se han ido creando y evolucionando metodologías de Gestión del Riesgo que comparten en muchos casos recursos y planteamientos con las metodologías de control interno, pero que son autónomas: las metodologías o marcos de control interno y las metodologías o marcos de gestión de riesgos son completas en sí mismas, y pueden ser consideradas de forma autónoma o combinada.

5. *Metodologías de gestión de riesgo: COSO ERM*

Los marcos de control interno se centran, desde la definición de COSO de la actividad de control interno, en los objetivos (operacionales, de cumplimiento, de información) y los riesgos que comprometen esos objetivos. Sin embargo, existen variaciones metodológicas que se centran en la gestión del riesgo desde una perspectiva más amplia de la empresa, la de la creación de valor. En el marco de su misión ampliada, COSO publicó en el año 2004 un marco de gestión de riesgo empresarial ("Enterprise Risk Management—Integrated Framework") que fue revisado en el año 2017 con la publicación del documento "Enterprise Risk Management — Integrating with Strategy and Performance" adaptando el marco a los nuevos riesgos empresariales y a la necesidad de su gestión en la configuración de la estrategia empresarial y en su ejecución.

Para COSO todas las entidades -empresas con ánimo de lucro, sin él o gubernamentales- existen para dar valor a sus partes interesadas (concepto propio que agrupa a varios colectivos con interés en la entidad, i.e. accionistas, patronos, ciudadanos, "stakeholders"), un valor que:

- Es creado cuando los beneficios derivados de los recursos usados exceden de los costes;
- Es preservado cuando el valor de los recursos usados en las operaciones del día a día generan beneficios de forma sostenida;
- Es erosionado cuando los directivos implementan una estrategia que no alcanza los resultados esperados o falla en la ejecución diaria;
- Es realizado cuando las partes interesadas ("stakeholders") reciben los beneficios creados por la entidad, monetarios o no monetarios.

Cada entidad posee una misión, una visión y unos valores nucleares que la definen y marcan como quiere dirigir su actividad y la estrategia es el plan de la organización para alcanzar su misión, su visión y sus valores.

Desde lo anterior, para COSO ERM:

- Riesgo es la posibilidad de que ocurran eventos que afecten con una determinada severidad (impacto o tiempo para recuperarse) a la consecución de la estrategia y los objetivos de la entidad; y
- Gestión del Riesgo (ERM) es la cultura, capacidades y prácticas integradas en la fijación de la estrategia, en la fijación de los objetivos y en el desempeño en las que se apoya la entidad para gestionar el riesgo de la creación, preservación y realización de valor.

La gestión del riesgo se integra con el sistema de gobierno de la entidad (roles, autoridades y responsabilidades entre las partes interesadas -"stakeholders"-, el Consejo y los directivos), con la dirección de la ejecución (acciones, tareas y funciones para alcanzar o superar las estrategias y objetivos de la entidad) y las prácticas de control interno (proceso desarrollado por la entidad para proporcionar un grado de aseguramiento razonable para la consecución de los

objetivos), siendo para COSO 2017 esa integración la clave del éxito de la gestión de riesgos.

Partiendo de lo anterior, COSO ERM propone un marco de gestión de Riesgo empresarial a través de los 5 componentes de su sistema[2178] (integrados cada uno por una serie de principios) que parten de la misión, valor y valores de la empresa, y deben desarrollarse a través de la estrategia, la fijación de objetivos y el desempeño hasta alcanzar el valor añadido.

I. Algunas conclusiones.

1. Como resultado de la búsqueda de soluciones a la lucha contra la delincuencia empresarial, existe una solución madurada, normativizada y de aplicación continua y global para el control indirecto de los propietarios de las transacciones externas y de la actividad interna, con el fin de que la empresa genere con su actividad los objetivos (entre ellos los de cumplimiento normativo) de aquéllos.

Representando un consenso internacional, alcanza y es aplicable de la misma forma al funcionamiento de la Comisión Europea como a cualquier pequeña empresa sometida (voluntaria u obligatoriamente) a la auditoría externa de cuentas (de acuerdo con el principio de proporcionalidad).

2. Esa solución se enfoca en la generación de determinados contextos futuros (entorno) de control en el que debe desarrollarse cualquiera de las transacciones externas o relaciones internas de la empresa, de forma que a través de esa actividad se garantice, de forma razonable, la consecución de los objetivos de los propietarios (operacionales, de información y de cumplimiento) buscados con esas transacciones y relaciones.

3. La creación de ese contexto en el que deban desarrollarse las transacciones externas y las relaciones internas que garantice de forma razonable la consecución de los objetivos de los propietarios, se concreta en actuaciones continuadas en 5 áreas:

- **Actuaciones sobre el entorno de control.**
- **Actuaciones sobre la evaluación de riesgos.**
- **Actuaciones de control.**
- **Actuaciones de información y comunicación.**
- **Actuaciones de supervisión.**

La existencia o inexistencia de algunas o todas las anteriores actuaciones pueden ser objeto de prueba y valoración en un procedimiento penal.

4. Desde la perspectiva de las teorías del lenguaje y en los términos de SEARLE, resulta muy difícil concebir ni encontrar una **regla constitutiva subyacente más**

[2178] Gobierno y Cultura, Estrategia y Objetivos, Desempeño, Revisión, Información, comunicación y reporte.

consensuada y aplicada (recordar el partido de Rugby) para alcanzar la efectividad perlocucionaria buscada en relación a los costes de la propiedad y el control de la actividad empresarial. En los términos de HABERMAS, acumularía actualmente, en la dimensión epistémica, la verdad del consenso.

V. Ciencia empresarial, soluciones al control indirecto de los propietarios y relación con las formas societarias de nuestro ordenamiento jurídico.

A. Introducción

La persona jurídica es un invento de los juristas desde tiempos inveterados y, como tal, no puede concebirse sin conocer en profundidad la normativa positiva que las regula. En los términos de SEARLE, la persona jurídica es un hecho institucional y, como tal, requiere de conocimiento de esas normas si se pretende cualquier acto del habla preciso (con efectos, sea cual sea el que se pretenda) que le afecte. Pero como hemos comprobado, la empresa es también una realidad distinta de las previsiones normativas, cambiante, viva y objeto de análisis de las ciencias económicas y empresariales.

La realidad normativa puede ser puesta en contacto con los modelos analíticos microeconómicos que, como se vio, nos han ofrecido al menos dos perspectivas diferenciadas de explicación de la actividad empresarial:

- El **enfoque neoclásico (NEO**), que observa a la empresa como una caja negra responsable de inputs y outputs, **de relación con el exterior con lo que no es empresa.**
- El **enfoque de la "*new institutional economics*" (NIE),** que abre esa caja negra para comprender qué sea la empresa y cómo la misma se comporte y evolucione de forma dinámica y continua mediante la toma de decisiones de múltiples agentes para **adaptarse en la combinación de sus relaciones con el exterior (transacciones), con su estructura interna y con sus propietarios.**

Los anteriores enfoques nos permiten una clasificación de la normativa:

- Cuando opera con exclusiva referencia a la **relación de la empresa con el exterior**, podemos decir que nos encontraremos con planteamientos normativos que coinciden con los marcos analíticos de la acción empresarial de enfoque neoclásico. **Llamare a este tipo de normas NEO**. Son, por ejemplo, las normas que determinan las formas de representación de las personas jurídicas, su relación con los mercados (contratos) o con las administraciones públicas, como una institución más (una relación obligacional compuesta por la normativa pública).
- Cuando los operadores deónticos se ponen en funcionamiento en una norma con referencia a **cuestiones de organización internas**, nos encontraremos con

planteamientos normativos que coinciden con los marcos analíticos de la acción empresarial del enfoque "*new institutional economics*". **Llamaré a este tipo de normas NIE**. Son, por ejemplo, los que se concretan el contenido necesario de gobierno corporativo, los mecanismos de control interno exigibles o las funciones internas que deban integrar las empresas para actuar en el tráfico.

Además se ha observado que variaciones en la intensidad (1) de la propiedad (composición y heterogeneidad), (2) de la actividad transaccional y (3) de la actividad interna, dan lugar a una pérdida del control de la propiedad que han de solucionarse a través de lo que hemos llamado costes de la propiedad, y para lo que se ha consolidado como metodología absolutamente dominante el marco COSO, control interno.

Se aborda a continuación la regulación de las posibles formas societarias que el ordenamiento jurídico español permite y su contenido desde los marcos analíticos expresados.

B. Sociedades civiles

El ordenamiento civil-mercantil regula la creación de la empresa (paso de emprendedor a propietario), sus operaciones, sus transformaciones y su liquidación, como reparto del remanente de la liquidación de sus relaciones con los Patrons entre sus propietarios. Esto es, el ciclo de vida de las empresas.

El Código Civil regula el contrato de sociedad civil[2179], entendido como aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria (todos -sociedad universal- o algunos -sociedad particular-), con ánimo de partir entre sí las ganancias, determinando las obligaciones entre los socios, con la sociedad y las de estos con terceros, a través de los actos de representación de la misma[2180], así como su extinción. **Esta regulación se compone de planteamientos normativos NEO**, teniendo los socios que asumir la administración[2181].

[2179] Arts. 1665 a 1708 CC.

[2180] "*La sociedad no queda obligada respecto a tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo, pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella*" (art. 1698 CC).

[2181] Son sociedades civiles con regulación específica:

- Las comunidades de propietarios (L 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal).
- Las sociedades agrarias de transformación (RD 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación y Orden de 14 de septiembre de 1982, que desarrolla el RD 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación).

A su vez contiene el CC la regulación específica de:

- La sociedad de gananciales (arts. 1334 y ss CC), como forma de régimen económico del matrimonio, que carece de personalidad jurídica y en la que deben actuar en su propio nombre los cónyuges.
- La comunidad de bienes (arts. 392 y ss CC), que regula la propiedad de una cosa o un derecho

La sociedad civil podrá transformase, además, en cualquier tipo de sociedad mercantil[2182].

C. Sociedades mercantiles

El Código de Comercio regula el contrato de compañía[2183, 2184], por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener un lucro. La compañía poseerá personalidad jurídica desde de su constitución y podrá adoptar alguna de las siguientes formas.

1. Sociedad regular colectiva

Las regulares colectivas[2185], son compañías que se caracterizan por estar gestionadas y administradas por los socios, y por responder con todos sus bienes de las operaciones. Esta regulación se compone de **planteamientos normativos NEO.**

2. Sociedad comanditaria

Las comanditarias, simples o por acciones[2186], son compañías colectivas (gestionadas y administradas por esos socios) en las que, además, participan con una responsabilidad limitada a su aportación los denominados socios comanditarios. Esta regulación se compone de **planteamientos normativos NEO.**

3. Sociedad anónima

Las anónimas[2187], son sociedades constituidas por acto unilateral en el caso de sociedades unipersonales (socio único), por contrato entre dos o más personas o por constitución sucesiva (fundación por suscripción pública), en las que el capital está dividido en acciones sociales (partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social, cuya titularidad confiere la condición de socio[2188]) que se integran

[2182]Art. 4.3 L 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
[2183]Arts. 116 a 237 CCo.
[2184] Distinto de otras formas de relación entre comerciantes como la cuenta en participación y la comisión, como mandato con objeto mercantil.
[2185] Arts. 125 y ss y 218 y ss CCo.
[2186] Arts. 145 y ss y 218 y ss CCo y 3.2, 252, 294 y 363.2 RDL 1/2010.
[2187] RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
[2188] Ibid. Art. 93: El socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos:
a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales:

en su emisión por las aportaciones de todos los socios (realizadas a título de propiedad, y que podrán constituir en bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, pero no trabajo o servicios), **socios que no responden personalmente de las deudas sociales**. La condición de socio también se adquiere por la transmisión de las acciones (representadas mediante títulos o mediante anotaciones en cuenta -mercado de valores-).

Los planteamiento de funcionamiento relacionados con **la perspectiva NEO** abarcan el poder representación de la Sociedad y, en concreto:

- La atribución de la representación a los administradores en la forma determinada en los estatutos conforme a las siguientes reglas[2189]:

    a. En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.
    b. En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador[2190].
    c. En caso de más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.
    d. En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente, pudiendo el consejo acordar delegar sus facultades[2191]:
        i. En uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.
        ii. En una comisión ejecutiva.

- El ámbito del poder de representación, que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, quedando obligada la sociedad frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave[2192].

(si bien pueden constituirse acciones y participaciones sin voto que no podrán superar la mitad del capital, con derecho a un dividendo preferente).
d) El de información.
Pero las participaciones sociales y las acciones pueden, respetando los anteriores, otorgar derechos diferentes incluyendo el privilegio en el reparte de las ganancias sociales (art. 95 RDL 1/2010).

[2189] Ibid. Art. 233.2 :
a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.
b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, **que tendrán un alcance meramente interno**.
c) Si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.
d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (art. 249.1 RDL 1/2010). Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

[2190] Sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

[2191] Ibid. Art. 249.1.

[2192] Ibid. Art. 234.

- Las notificaciones a la Sociedad[2193].

Los planteamiento de funcionamiento internos relacionados con la **perspectiva NIE abarcan**:

- La intervención y control de los socios a través de la convocatoria y reunión de todos ellos[2194] para decidir sobre:

    a. El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
    b. Instrucciones al órgano de administración o autorización de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.
    c. La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
    d. La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales.
    e. La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero
    f. Cualquier otro asunto que fijen los Estatutos sociales.

- La forma para adoptar esa decisión, que abarca:

    a. El derecho de información[2195].
    b. El derecho de intervención en la Junta General.
    c. La votación de los asuntos[2196], estando integrada esta:
        i. Por la asociación de derechos de voto a las acciones: no es válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción u el derecho de voto[2197], pudiendo existir acciones sin voto (pero con dividendo preferente) y, además, pudiendo limitar los estatutos el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con ellos.
        ii. Por la permitida agrupación de votos (para la asistencia a Juntas y Votación)[2198].
        iii. Por la prohibición de intervención en la votación del Socio que posea un conflicto de intereses con la sociedad[2199].

[2193] Que deberán hacerse a cualquiera de los administradores si la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, o al Presidente del consejo de administración en caso de existir este, art. 235 RDL 1/2010.
[2194] En junta General ordinaria o extraordinaria.
[2195] RDL 1/2010, Art. 197
[2196] Ibid. Art. 197 bis.
[2197] Ibid. Art. 188.2.
[2198] Ibid. Art. 189.1.
[2199] Ibid. Art. 190.

iv. Por las mayorías necesarias para la constitución[2200] y para adopción de los acuerdos por la Junta[2201].

d. El derecho de convocatoria de Junta General extraordinaria o la incorporación de asuntos a las Juntas ya convocadas.

- La administración de la sociedad como competente de la gestión y representación de la sociedad[2202], sus posibles modos de organización[2203] y su remuneración[2204] y sus deberes:

a. De diligencia[2205]: que incluye recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones;
b. De discrecionalidad aceptable[2206]: que lo será con una actuación con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con un procedimiento de decisión adecuado-;
c. De lealtad[2207], que obliga a:
    i. No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
    ii. Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
    iii. Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.
    iv. Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
    v. Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, y, en concreto abstenerse de[2208]:
        i. Realizar transacciones con la sociedad[2209].
        ii. Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

[2200] Ibid. Art. 193.
[2201] Ibid. Art. 201.
[2202] Ibid. Art. 209.
[2203] Ibid. Art. 210 RDL 1/2010 y regulación del funcionamiento y adopción de acuerdos por el Consejo de Administración en los arts. 242 a 248 RDL 1/2010.
[2204] Ibid. Arts. 217 y ss.
[2205] Ibid. Art. 225.3.
[2206] Ibid. Art. 226.
[2207] Ibid. Art. 227.
[2208] Ibid. Art. 229.
[2209] Excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

iii. Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
iv. Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
v. Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.
vi. Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

- La indelegabilidad por el consejo de administración en el/los Consejeros delegados o comisión ejecutiva de[2210]:

a. La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.
b. La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.
c. La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.
d. El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.
e. El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.

[2210] Ibid. Art. 249 bis, y también: La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230 RDL 1/2010; a. Su propia organización y funcionamiento; f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada; Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general; la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos; la política relativa a las acciones o participaciones propias; las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

- La responsabilidad solidaria[2211] de los administradores de derecho[2212], de hecho[2213] y de los directivos[2214] frente a reclamaciones de la sociedad (acción social de responsabilidad[2215]), de los socios (acción social[2216] y acción individual de responsabilidad[2217]), de los acreedores sociales (legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social[2218]) y de terceros (acción individual de responsabilidad[2219]) por los actos u omisiones[2220]:

    a. Contrarios a la Ley (presumiéndose en este caso la culpabilidad).
    b. Contrarios a los Estatutos (presumiéndose en este caso la culpabilidad).
    c. Contrarios a sus deberes como administradores.

El ordenamiento jurídico español contempla las siguientes sociedades anónimas con régimen normativo específico.

- Sociedades anónimas europeas (Societas Europaea - SE)[2221]

Las Sociedades anónimas constituidas bajo esta fórmula (SE) presentan como principal diferencia con respecto a las anónimas el que las mismas podrán optar por un sistema de administración monista (existencia de un órgano de administración) o dual (existencia de un órgano de control y un órgano de dirección), lo que deberá constar en sus estatutos[2222]. Si opta por el sistema monista, le es aplicable a su órgano de administración el mismo régimen previsto para la sociedad anónima española. Pero si opta por un sistema dual, la regulación

[2211] Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél, art. 237 RDL 1/2010.
[2212] La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador, art. 236.5 RDL 1/2010.
[2213] Tiene la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad, art. 236.3 RDL 1/2010.
[2214] Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella, art. 236.4 RDL 1/2010.
[2215] Ibid. Art. 238.
[2216] Ibid. Art. 239.1.
[2217] Ibid. Art. 241.
[2218] Ibid. Art. 240.
[2219] Ibid. Art. 241.
[2220] En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 236 RDL 1/2010) o la aprobación de las cuentas anuales (art. 238.4 RDL 1/2020).
[2221] Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).
[2222] Ibid. Art. 38 b.

si presenta diferencias relacionados con las perspectivas NEO y NIE que se han especificado para la sociedad anónima:

Relacionados con la perspectiva NEO:

- La atribución de la representación al órgano de dirección[2223], que podrá ser uno o mas consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas españolas[2224].

Relacionados con la perspectiva NIE:

- La intervención y control de los socios a través de la convocatoria y reunión de todos ellos en Junta General[2225] para decidir sobre:

    a. El nombramiento de los miembros del órgano de control, en el número fijado por los estatutos[2226].
    b. El nombramiento y separación de los Directivos, si así lo prevén los estatutos en lugar del órgano de control[2227].

- **El órgano de control de la sociedad,** cuya pertenencia es incompatible con la del órgano de dirección[2228] y cuya pertenencia inhabilita para ejercer poder alguno de gestión de la sociedad[2229], que elegirá un presidente sus miembros[2230] y que:

    a. Representará a la Sociedad frente a los miembros de la dirección[2231].
    b. Nombrará y revocará al miembro o miembros del órgano de dirección[2232], en el número determinado por los estatutos[2233].
    c. Controlará la gestión encomendada a órgano de Dirección de forma continuada, pudiendo:
        a. Pedir toda la información necesaria para el control que ejerce[2234], información que será accesible a todos los miembros del órgano[2235].
        b. Efectuar las comprobaciones que considere[2236].
    d. Autorizará las operaciones que, de acuerdo con las ocasiones fijadas por los estatutos, sean propuestas por el órgano de dirección[2237],

[2223] RDL 1/2010, Art. 479.1.
[2224] Reglamento (CE) n° 2157/2001, Art. 39.1.
[2225] Ibid. Arts. 52 a 60.
[2226] Ibid. Art. 39.2 y RDL 1/2010, Art. 486.
[2227] Ibid. Art. 39.2.
[2228] Ibid. Art. 39.3.
[2229] Ibid. Art. 40.1.
[2230] Ibid. Art. 42.
[2231] RDL 1/2010, Art. 487.
[2232] Reglamento (CE) n° 2157/2001, Art. 39.2.
[2233] Ibid. Art. 39.4.
[2234] Ibid. Art. 41.3.
[2235] Ibid. Art. 41.5.
[2236] Ibid. Art. 41.4.
[2237] Ibid. Art. 48.1 y RDL 1/2010, Art. 489.

e. Podrá convocar a los miembros de la dirección para que asistan a sus reuniones con voz pero sin voto[2238].
f. Convocará la Junta General de socios cuando lo considere necesario y en caso de que no lo haga, procediendo, el órgano de dirección[2239].

- El órgano de dirección de la sociedad, al que corresponderá la gestión[2240] y que podrá organizarse, conforme dispongan los estatutos, con un solo director, varios directores que actúen de forma solidaria o conjuntamente, entendiéndose en este caso que se confía a un consejo de dirección[2241] (que deberá estar formado por un mínimo de tres y un máximo de siete miembros[2242]) y que:

a. Informará al órgano de control, como mínimo cada tres meses, acerca de la marcha de los asuntos de la SE[2243].
b. Comunicará al órgano de control cualquier información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles en la situación de la SE[2244].
c. Convocará la Junta General de socios que, de no hacerlo, podrá ser convocada por el Consejo de Control[2245].

- Los miembros del órgano de dirección o de control responderán del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones de la misma forma prevista para las sociedades anónimas españolas[2246].

La posible implicación de los trabajadores en la SE está regulada por la Directiva 2001/86/CE [2247], que prevé la composición y contenido de órgano de representación de los trabajadores y, específicamente, la posibilidad de que nombren miembros, en el sistema dualista, del órgano de control. En caso de que el órgano de control se integre por la mitad de miembros nombrados por los trabajadores, el Presidente del órgano de control sólo podrá ser uno de los miembros designados por la Junta de accionistas[2248].

- Sociedades anónimas cotizadas

Se trata de aquellas sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado español[2249] o en un mercado regulado de

[2238] RDL 1/2010, Art. 488.
[2239] Ibid. Art. 492.
[2240] Ibid. Art. 479.1.
[2241] Ibid. Art. 480.
[2242] Ibid. Art. 481.
[2243] Reglamento (CE) n° 2157/2001, Art. 41.1.
[2244] Ibid. Art. 41.2.
[2245] RDL 1/2010, Art. 492.
[2246] Reglamento (CE) n° 2157/2001, Art. 51 y RDL 1/2010, Art. 490.
[2247] Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.
[2248] Reglamento (CE) n° 2157/2001, Art. 42.
[2249] RDL 1/2010, Art. 495.1.

otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en un mercado equiparable de un tercer Estado y no lo estén en un mercado español[2250].

La regulación presenta las siguientes **diferencias relacionados con las perspectivas NIE** que se han especificado para la sociedad anónima:

- En relación a la intervención y control de los socios a través de la convocatoria y reunión de todos ellos en la Junta General:

    a. Cuyo funcionamiento deberá estar especificado en un Reglamento de la Junta General[2251].
    b. Permitiéndose que los estatutos concedan un voto doble a cada acción de la que haya sido titular un mismo accionista durante dos años consecutivos ininterrumpidos[2252].
    c. La sociedad y las asociaciones de accionistas, que tendrán como objeto exclusivo la defensa de los intereses de los accionistas[2253], tendrán derecho a conocer en cualquier momento la identidad de los accionistas, para el ejercicio de sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes[2254].
    d. Se incluye, entre otras, como materia de su exclusiva competencia, la fijación de las remuneraciones de los consejeros[2255] y la aprobación de la operaciones vinculadas[2256].

- En relación a la administración de la sociedad, el Consejo de administración de la sociedad anónima cotizada:

    a. Será necesario como forma de administración, y deberá estar compuesto, exclusivamente, por personas físicas[2257], diferenciándose entre consejeros ejecutivos[2258] o no ejecutivos[2259] y dominicales[2260] o independientes[2261].

[2250] Ibid. Art. 495.3.
[2251] Ibid. Art. 512.
[2252] Ibid. Art. 527 ter.
[2253] Ibid. Art. 539.4.
[2254] Ibid. Art. 497.
[2255] Ibid. Art. 511 bis.
[2256] Ibid. Art. 529 duovicies Son operaciones vinculadas las realizadas por la sociedad o sus sociedades dependientes con consejeros, con accionistas titulares de un 10 % o más de los derechos de voto o representados en el consejo de administración de la sociedad, o con cualesquiera otras personas que deban considerarse partes vinculadas con arreglo a las Normas Internacionales de Contabilidad.
[2257] Ibid. Art. 529 bis.
[2258] Aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella (Ibid. art. 529 duodecies).
[2259] Los restantes (Ibid. art. 529 duodecies.2).
[2260] Pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad (Ibid. art. 529 duodecies.1).
[2261] Aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos. (Ibid. art. 529 duodecies.4).

b. Deberá constituir, al menos[2262, 2263]:
    i. Una comisión de Auditoría[2264] integrada exclusivamente por consejeros no ejecutivos y, en su mayoría, independientes y que tendrá determinado el número de miembros y funcionamiento en un reglamento autónomo o en el del Consejo de Administración teniendo como mínimo las siguientes funciones[2265]:
        i. **Supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos,** así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, todo ello sin quebrantar su independencia.
        ii. Elevar al consejo de administración las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor de cuentas, responsabilizándose del proceso de selección.
        iii. Informar, con carácter previo, al consejo de administración sobre la información financiera y el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, la información no financiera preceptiva que la sociedad deba hacer pública periódicamente.
    ii. Una comisión de nombramientos y Retribuciones[2266]: integrada exclusivamente por consejeros no ejecutivos dos de los cuales deberán ser independientes que tendrá determinado el número de miembros y funcionamiento en un reglamento autónomo o en el del Consejo de Administración teniendo como mínimo las siguientes funciones[2267]:
        i. Informar las propuestas de nombramiento y separación de altos directivos y las condiciones básicas de sus contratos.

[2262] Ibid. Art. 529 terdecies.
[2263] El régimen en materia de comisiones del consejo de administración, comisión de auditoría y comisión de nombramientos y retribuciones contenido, respectivamente, en los artículos 529 terdecies, 529 quaterdecies y 529 quindecies, es también de aplicación a las sociedades de capital emisoras de valores distintos de las acciones admitidos a negociación en mercados regulados, Ibid. DA novena.
[2264] Ibid. Art. 529 quaterdecies.
[2265] Ibid. Art. 529 quaterdecies. También, además de las expresadas: Informar a la junta general de accionistas sobre las cuestiones que se planteen en relación con aquellas materias que sean competencia de la comisión y, en particular, sobre el resultado de la auditoría explicando cómo esta ha contribuido a la integridad de la información financiera y la función que la comisión ha desempeñado en ese proceso; Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva y presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración, dirigidas a salvaguardar su integridad; Establecer las oportunas relaciones con el auditor externo para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan suponer amenaza para su independencia, para su examen por la comisión, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas.
[2266] Ibid. Art. 529 quindecies.
[2267] Ibid. Art. 529 quindecies 3. También, además de las expresadas:

ii. Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el consejo de administración.
iii. Elevar al consejo de administración las propuestas de nombramiento de consejeros independientes e informar las propuestas de nombramiento de los restantes consejeros.
iv. Proponer al consejo de administración la política de retribuciones de los consejeros y de los directores generales o de quienes desarrollen sus funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del consejo, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados, así como la retribución individual y las demás condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos, velando por su observancia.

c. Deberá disponer de un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad[2268] que será de acceso público a través de la CNMV, a la que deberá comunicarse[2269].
d. Deberá efectuar una evaluación anual de su desempeño[2270].

• La indelegabilidad por el consejo de administración de las facultades de decisión señaladas para la Sociedad anónima, ni tampoco [2271]:

a. **La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control.**
b. La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento.
c. La supervisión del proceso de elaboración y presentación del informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, la información no financiera preceptiva entre la que se encuentra **el informe de**

[2268] Ibid. Art. 528.
[2269] Ibid. Art. 529.
[2270] Ibid. Art. 529 nonies.
[2271] Ibid. Art. 529 ter. Tampoco será delegable: la definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante; la aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general; La aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo; La aprobación de las operaciones vinculadas, en los supuestos y términos previstos en el Capítulo VII bis del Título XIV.

gobierno corporativo[2272] que será objeto de comunicación a la CNMV y que será objeto de publicación como hecho relevante[2273], que deberá incluir[2274]:

a. La estructura de propiedad de la sociedad.
b. Cualquier restricción a la transmisión de valores y al voto.
c. Estructura de administración de la sociedad.
d. Sistemas de gestión de riesgo.
e. **Descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos[2275].**

Si se trata de una SE con sistema dual, se emitirá el informe de gobierno corporativo emitido por la dirección, y un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones.

d. La supervisión del proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva, entre la que se encuentra las cuentas anuales.
e. La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos.
f. La determinación de la estrategia fiscal de la sociedad.

- Instituciones de Inversión Colectiva (IIC)[2276]

"*El objetivo general de la regulación financiera es el de canalizar de manera eficiente el ahorro hacia la inversión productiva, garantizando la estabilidad de los mercados y la protección al inversor, fomentando así un crecimiento equilibrado que permita la creación de empleo*"[2277]. Como alternativa a la financiación bancaria, surgen las instituciones de inversión colectiva (dirigidas preferentemente a un inversor

[2272] Ibid. Art. 538.
[2273] Ibid. Art. 540.3.
[2274] Ibid. Art. 540.4,
[2275] Ibid. Art. 540.6.
[2276] L 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva; Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (Texto pertinente a efectos del EEE).
[2277] Preámbulo de la L 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

minorista), y aquellas que se consideran de inversión alternativa entre las que están los fondos de inversión libre, los fondos inmobiliarios y los de capital riesgo.

Son ICC aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos[2278]. Podrán ser:

- De carácter financiero[2279]:
    - Sociedad de inversión de capital variable (SICAV), que serán sociedades anónimas[2280], cuyo objeto social es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros[2281].
    - Fondo de inversión (FI): patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuya gestión y representación corresponde a una Sociedades Gestoras de las Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC), que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo[2282].
- De carácter no financiero[2283]:
    - Sociedades de Inversión Inmobiliaria[2284]: que serán sociedades anónimas[2285], tienen por objeto la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento[2286].
    - Fondo de inversión Inmobiliaria[2287], patrimonios de naturaleza inmobiliaria con funcionamiento análogo al mobiliario.

[2278] Art. 1.1 L 35/2003.
[2279] Las que tengan por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros recogidos en el art. 30 L 35/2003:
a) Valores negociables e instrumentos financieros, de los previstos en el artículo 2, primer inciso y párrafo a) del segundo inciso, de la Ley del Mercado de Valores.
b) Los valores e instrumentos negociables respecto de los cuales esté solicitada su admisión a negociación en alguno de los mercados o sistemas de la letra a.
c) Acciones y participaciones de otras IIC.
d) Acciones y participaciones de otras IIC no autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, siempre que estas últimas no tengan por finalidad invertir, a su vez, en otras IIC, y siempre que cumplan determinados requisitos.
e) Depósitos en entidades de crédito que sean a la vista o puedan ser retirados.
f) Instrumentos financieros derivados negociados en un mercado o sistema de negociación.
g) Instrumentos del mercado monetario siempre que sean líquidos y tengan un valor que pueda determinarse con precisión en todo momento
h) En el caso de las sociedades de inversión, las mismas podrán adquirir los bienes muebles e inmuebles indispensables para el ejercicio directo de su actividad.
[2280] Arts. 29 y 32 L 35/2003.
[2281] Art. 6.1 RD 1082/2012.
[2282] Art. 2 RD 1082/2012.
[2283] Las restantes, art. 34 L 35/2003.
[2284] L 35/2003, Arts. 35 y ss.
[2285] Ibid. Art. 37.1.
[2286] Ibid. Art. 35.1.
[2287] Ibid. Art. 38.

Las SGIIC [2288] gestoras y administradoras de los Fondos, son sociedades anónimas cuyo objeto social consistirá en la gestión de las inversiones, el control y la gestión de riesgos, la administración, representación y gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y las sociedades de inversión, que deberán ser autorizadas para operar por la CNMV[2289]. La regulación de las SGIIC presenta las siguientes diferencias relacionadas con las perspectivas NEO y NIE que se han especificado para la sociedad anónima:

En relación a la perspectiva NEO, en lo que se refiere a la representación de la sociedad SGIIC:

a. Las mismas deberán contar en todo momento con los medios y procedimientos de control interno de las actuaciones de sus agentes y apoderados que sean adecuados para el seguimiento de las transacciones y relaciones del agente o apoderado con los accionistas o partícipes.[2290].
b. Los agentes o apoderados deberán estar sometidos a reglas que garanticen un comportamiento ajustado al reglamento interno de conducta de la SGIIC[2291].

En relación a la perspectiva NIE, en lo que se refiere a la administración de la sociedad SGIIC, partiendo de que la misma queda sujeta al régimen de supervisión, inspección y sanción de la CNMV[2292]:

a. Le corresponderán las facultades del dominio sobre el patrimonio del fondo, sin ser propietaria del mismo, ejerciéndolas en interés de los partícipes[2293].
b. Será responsable frente a los partícipes o accionistas de todos los perjuicios que les causare por incumplimiento de sus obligaciones legales[2294].

[2288] Ibid. Art. 40.1.
[2289] Ibid. Art. 41.
[2290] RD 1082/2012, Art. 97.2. A tal fin, con anterioridad a la formalización del apoderamiento habrán de comprobar la suficiencia y adecuación de la organización administrativa y de los medios, de los procedimientos operativos, de control interno y contables y, en su caso, de los sistemas informáticos que vayan a utilizar aquellos en el desarrollo ulterior de sus actuaciones. En el caso de que la representación vaya a otorgarse a una persona jurídica, las comprobaciones anteriores se extenderán a su situación económico-financiera. **Las SGIIC condicionarán el nombramiento de los agentes y apoderados a la comprobación satisfactoria de los aspectos mencionados en este párrafo.** De igual manera, las SGIIC podrán imponer a los agentes y apoderados que sus actuaciones se realicen conforme a los procedimientos operativos, de control interno y contables que, a tal efecto, desarrolle aquella, en especial en lo referido a efectivo o instrumentos de pago, así como imponer la utilización de sistemas informáticos que aseguren una adecuada integración de los datos e informaciones entre los agentes o apoderados y la SGIIC. A estos efectos, los agentes y apoderados habrán de permitir y colaborar en aquellas auditorías operativas, de procedimientos y control interno que sobre tales procedimientos y sistemas lleven a cabo las SGIIC. **Las SGIIC condicionarán el mantenimiento del contrato de representación al cumplimiento por sus agentes o apoderados de estas medidas.**
[2291] RD 1082/2012, Art. 97.5.
[2292] Ibid., Arts. 69 y ss.
[2293] L 35/2003, Art. 46.2.
[2294] Ibid. Art. 46.4.

c. Podrá efectuar delegación de funciones, pero:
    i. La delegación no limitará ni disminuirá su responsabilidad de cumplimiento normativo con respecto a las actividades delegadas[2295].
    ii. Deberá establecer procedimientos adecuados de control de la actividad de la entidad en la que se efectúa la delegación y de evaluación permanente de los servicios prestados por el delegado[2296].
    iii. El acuerdo de delegación deberá formalizarse en un acuerdo escrito[2297].
d. Deberá disponer de un reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento, y que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes[2298].
e. Deberá disponer de un de procedimientos adecuados para que sus empleados puedan notificar a nivel interno a través de un canal independiente, específico y autónomo, las infracciones cometidas[2299].
f. <u>Deberá contar con mecanismos de organización y control interno propios</u>[2300].

Sin duda de especial relevancia para el objeto de la investigación, estos mecanismos de organización y control interno implican:

- **<u>Que cada transacción relacionada con las IIC administradas pueda reconstruirse con arreglo a su origen, las partes que participen, su naturaleza y el tiempo y lugar en que se haya realizado.</u>[2301]**

- El desempeño permanente e independiente de las siguientes funciones[2302]:

    i. Una función de verificación efectiva del cumplimiento normativo, asignada a un órgano encargado de detectar y

[2295] Ibid. Art. 98.1.
[2296] Ibid. Art. 98.2.
[2297] Ibid. Art. 98.5.
[2298] Ibid. Arts. 65 y ss y 142 RD 1082/2012.
[2299] Ibid. Art. 48.bis.1. Estos procedimientos deberán garantizar la confidencialidad tanto de la persona que informa de las infracciones como de las personas físicas presuntamente responsables de la infracción. Asimismo, deberá garantizarse que los empleados que informen de las infracciones cometidas en la entidad sean protegidos frente a represalias, discriminaciones o cualquier otro tipo de trato injusto.
[2300] Ibid. Art. 11.2.a.
[2301] Art. 106.2.a RD 1082/2012. También que los activos de los fondos de inversión o de las sociedades de inversión que administre la SGIIC se inviertan con arreglo a lo dispuesto en los folletos de la IIC que gestionen y en las disposiciones normativas vigentes; y que las actividades profesionales se desempeñan con un grado de independencia adecuado al tamaño y actividades de la SGIIC y del grupo al que pertenezca.
[2302] Arts. 106.4 y 106 bis RD 1082/2012.

controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la SGIIC[2303].

ii. Una función de auditoría interna, encargada, entre otras tareas, de establecer, aplicar y mantener un plan de auditoría que permita **examinar y evaluar la adecuación y efectividad de los mecanismos de control interno,** estableciendo las recomendaciones oportunas y haciendo un seguimiento de su efectivo cumplimiento[2304].

iii. Una función que garantice una adecuada gestión de los riesgos de las IIC, así como de los riesgos asociados a las actividades de la propia SGIIC[2305].

- Que deban contemplarse determinadas medias y procedimientos[2306].
- **Que sea considerada una infracción muy grave las deficiencias en el control interno** cuando pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad[2307] y grave el no subsanar las deficiencias que le hubiere señalado el regulador[2308] que serán responsabilidad:

[2303] Así como de las medidas correctoras adoptadas en caso de detectarse deficiencias, y el asesoramiento y asistencia a las personas competentes responsables de los servicios y actividades de la SGIIC.

[2304] Esta función se asignará a un órgano jerárquica y funcionalmente independiente de los departamentos operativos, salvo que no se estime oportuno o adecuado habida cuenta de la naturaleza, escala y complejidad de sus funciones y de la naturaleza y gama de las actividades de gestión colectiva de carteras que desempeñen en el ejercicio de estas funciones.

[2305] Esta función se asignará a un órgano que vele por la aplicación de la política y procedimientos oportunos, garantice el respeto del sistema de limitación de riesgos, preste asesoramiento y presente informes periódicos al consejo de administración de la SGIIC en su responsabilidad de supervisión de los sistemas y procedimientos de gestión de riesgos.

[2306] a) Procedimientos efectivos para impedir o controlar el intercambio de información entre las personas competentes (se entenderá por persona competente cualquiera de las siguientes personas: un socio, cargo directivo o un gestor de la sociedad gestora; un empleado de la misma así como cualquier otra persona física cuyos servicios se encuentren a disposición y bajo el control de la gestora y que participe en los servicios de gestión colectiva prestados por ella; y una persona física que esté directamente vinculada en la prestación de un servicio a la gestora en virtud de un acuerdo de delegación de funciones) que desempeñen actividades de gestión de carteras colectivas con riesgo de conflicto de intereses, si tal intercambio puede dañar los intereses de uno o más clientes. b) Supervisión separada de las personas competentes cuya función principal consista en prestar servicios o desempeñar actividades de gestión colectiva de carteras en nombre de clientes o inversores cuyos intereses puedan entrar en conflicto o que representen de otro modo intereses diferentes, incluidos los de la sociedad de gestión, que puedan también originar conflictos. c) Eliminación de toda relación directa entre la remuneración de las personas competentes que ejerzan principalmente una actividad y la remuneración de otras personas competentes que desempeñen esencialmente otra actividad, o también entre la remuneración de esas primeras personas y los ingresos generados por las segundas, en los casos en que puedan surgir conflictos de intereses en relación con dichas actividades. d) Medidas para impedir o restringir la posibilidad de que alguien influya indebidamente en la forma en que una persona competente desempeñe sus actividades de gestión colectiva de carteras. e) Medidas para impedir o controlar la participación simultánea o consecutiva de una persona competente en actividades separadas de gestión colectiva de carteras, cuando tal participación pueda afectar a la correcta gestión de cualquier conflicto de intereses.

[2307] L 35/2003, Art. 80.o).

[2308] Ibid. Art. 81.m).

- De quienes ejerzan en la entidad cargos de administración o dirección cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente[2309].
- Las sociedades gestoras o los depositarios, quienes ostenten en ellos cargos de administración o dirección, salvo[2310]:
  - Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubieran dado lugar a las infracciones.
  - Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad.

En desarrollo de la habilitación normativa[2311], la CNMV también se ha pronunciado sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión[2312].

El origen de estas exigencias de control interno es Europeo, y su incorporación al ordenamiento jurídico español procede de su transposición y así:

- La Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, establece ya en su considerando 10 que a fin de proteger a los inversores, es necesario garantizar el control interno de toda sociedad de gestión, en particular a través de una dirección bipersonal y de mecanismos adecuados de control interno; y ello a fin de garantizar, como mínimo, **que cada transacción relacionada con la sociedad pueda reconstruirse con arreglo a su origen, las partes que intervengan, su naturaleza y el tiempo y lugar en que se haya realizado** y que los activos de la sociedad de inversión se inviertan con arreglo a los documentos constitutivos y a las disposiciones legales vigentes[2313].
- La Directiva 2010/43/UE de la Comisión de 1 de julio de 2010[2314], que establece disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE y, en

[2309] Ibid. Art. 89.1.
[2310] Ibid. Art. 89.2.
[2311] Art. 106.6 RD 1082/2012.
[2312] Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión y Guía de procedimientos de las funciones de control interno (cumplimiento normativo, gestión de riesgos y auditoría interna) a que se refiere la circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión nacional del mercado de valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.
[2313] Art. 31 Directiva 2009/65/CE.
[2314] Directiva 2010/43/UE de la Comisión de 1 de julio de 2010 por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los requisitos de organización, los conflictos de intereses, la conducta empresarial,

concreto **regula en su sección tercera los mecanismos de control interno, fijando:**

- El control a cargo de los directivos[2315].
- La existencia y el control a cargo del departamento de verificación del cumplimiento que funcione con independencia y efectividad y cumpla las funciones siguientes[2316]:

a) Controlar, y evaluar periódicamente, la idoneidad y efectividad de las medidas, políticas y procedimientos que se establezcan, así como las medidas adoptadas para corregir cualquier deficiencia en el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad de gestión;
b) Asesorar y asistir a las personas competentes responsables de los servicios y actividades de la sociedad de gestión a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que incumben a esta en virtud de la Directiva 2009/65/CE.

- La existencia de departamento de auditoría interna que esté separada y sea independiente de sus otras funciones y actividades que asuma las responsabilidad de establecer, aplicar y mantener un plan de auditoría que permita examinar y evaluar la adecuación y efectividad de los sistemas, mecanismos de control interno y demás medidas de la sociedad de gestión[2317].
- La existencia de departamento de gestión de riesgos jerárquica y funcionalmente independiente de los departamentos operativos.

- Instituciones de inversión colectiva alternativa[2318].

la gestión de riesgos y el contenido de los acuerdos celebrados entre depositarios y sociedades de gestión (Texto pertinente a efectos del EEE).

[2315] Ibid. Art. 9.

[2316] Ibid. Art. 10.

[2317] Ibid. Art. 11.

[2318] L 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la L 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011 , relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n ° 1060/2009 y (UE) n ° 1095/2010 Texto pertinente a efectos del EEE; Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012 , por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las exenciones, las condiciones generales de ejercicio de la actividad, los depositarios, el apalancamiento, la transparencia y la supervisión Texto pertinente a efectos del EEE; Reglamento Delegado (UE) n °694/2014 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2013 , por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que determinan los tipos de gestores de fondos de inversión alternativos Texto pertinente a efectos del EEE.

Las instituciones de inversión colectiva alternativa son las tratadas por la Directiva 2011/61/UE[2319] y acumulan la actividad de la inversión colectiva de tipo cerrado, esto es, aquellas en las que la desinversión se produce de forma simultanea para todos los inversores[2320] y que pueden concretarse[2321] en:

- Entidades de capital riesgo (ECR): son entidades de inversión colectiva de tipo cerrado que obtienen capital de una serie de inversores mediante una actividad comercial cuyo fin mercantil es generar ganancias o rendimientos para los inversores y cuyo objeto principal es la toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado

[2319] Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011 , relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n ° 1060/2009 y (UE) n ° 1095/2010 Texto pertinente a efectos del EEE.

[2320] Y en las que lo percibido por cada inversor o partícipe lo es en función de los derechos que correspondan a cada uno de ellos, de acuerdo con los términos establecidos en sus estatutos o reglamentos para cada clase de acciones o participaciones, art. 2.1 L 22/2014.

[2321] Art. 6 L 22/2014, Se exluyen:

1. Las sociedades de cartera, entendiéndose como tales aquellas sociedades con participaciones en una o varias empresas cuya finalidad comercial sea llevar a cabo una o varias estrategias empresariales a través de sus empresas filiales, asociadas, o participadas, con el fin de contribuir a su valor a largo plazo y que: a) o bien sean empresas que operen por cuenta propia y cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado, b) o bien no hayan sido creadas con el objetivo primordial de generar beneficios para sus inversores mediante desinversión de sus empresas filiales o asociadas, y así se evidencie de su informe anual u otros documentos oficiales.
2. Los fondos de pensiones, incluidas, según proceda, las entidades encargadas de su gestión y que actúen en su nombre, siempre que no gestionen entidades de inversión de las mencionadas en el artículo anterior.
3. Las instituciones supranacionales, tales como el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones, las instituciones europeas de financiación del desarrollo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los bancos de desarrollo bilaterales, y otras instituciones supranacionales y organismos internacionales similares, en el supuesto de que estas instituciones u organismos gestionen una o varias entidades de inversión de las mencionadas en el apartado 1, y en la medida en que los organismos de inversión colectiva actúen en interés público.
4. Los bancos centrales nacionales.
5. Los gobiernos y organismos nacionales, regionales y locales u otras instituciones que gestionen fondos de apoyo a los regímenes de seguridad social y pensiones.
6. Los regímenes de participación de los trabajadores o regímenes de ahorro de los trabajadores.
7. Los fondos de titulización.
8. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario reguladas en la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.
9. Los Fondos de Activos Bancarios regulados en la Disposición adicional décima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.
10. Las ECR o EICC cuyos estatutos o documentos constitutivos restrinjan la captación de capital a un único inversor.
11. Las sociedades de cartera financieras cuyos valores se encuentran admitidos a negociación en una bolsa de valores.
12. Las sociedades gestoras en la medida en que gestionen uno o más ECR o EICC cuyos únicos inversores sean la sociedad gestora, la empresa matriz o las filiales de la gestora u otras filiales de dicha empresa matriz, siempre que ninguno de los inversores sea a su vez un ECR o EIC. No obstante éstas podrán solicitar autorización como SGEIC y someterse así a esta Ley.

regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos[2322].

Pueden adoptar la forma de Sociedad de capital Riesgo (SCR[2323]) o de Fondo de Capital Riesgo (FCR[2324]), y pueden ser gestionadas por delegación[2325] por sociedades gestoras autorizadas[2326].

- Entidades de inversión colectiva de tipo cerrado (EICC): son entidades de inversión colectiva que, careciendo de un objetivo comercial o industrial, obtienen capital de una serie de inversores, mediante una actividad de comercialización, para invertirlo en todo tipo de activos financieros o no financieros, con arreglo a una política de inversión definida.

Pueden adoptar la forma de Sociedad de inversión colectiva de tipo cerrado (SICC[2327]) o de Fondo de inversión colectiva de tipo cerrado (FICC[2328]), y pueden ser gestionadas por delegación sociedades gestoras autorizadas.

[2322] Art. 9 L 22/2014. También podrán extender su objeto principal a:
a) La inversión en valores emitidos por empresas cuyo activo esté constituido en más de un 50 por ciento por inmuebles, siempre que al menos los inmuebles que representen el 85 por ciento del valor contable total de los inmuebles de la entidad participada estén afectos, ininterrumpidamente durante el tiempo de tenencia de los valores, al desarrollo de una actividad económica en los términos previstos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
b) La toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras que coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, siempre y cuando tales empresas sean excluidas de la cotización dentro de los doce meses siguientes a la toma de la participación.
c) La inversión en otras ECR.

[2323] Sociedad anónima, Arts. 26 a 28 L 22/2014.

[2324] Patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, arts. 30 a 37 L 22/2014.

[2325] En el caso de las SCR el eventual acuerdo será elevado a escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil y en el correspondiente registro administrativo. Este acuerdo no eximirá a los órganos de administración de la sociedad de ninguna de las obligaciones y responsabilidades que la normativa vigente les impone (Art. 29 L 22/2014).
En el caso de los Fondos, necesariamente debe delegarse la dirección y administración y, En ningún caso podrán impugnarse los actos y contratos realizados por la sociedad gestora del fondo con terceros en el ejercicio de las atribuciones que le corresponden conforme a lo previsto en esta Ley, alegando defectos en las facultades de administración y disposición (Art. 35 L 22/2014).

[2326] Las SCR por una SGEIC o una SGIIC, o una entidad habilitada para prestar el servicio de inversión a que se refiere el artículo 63.1.d) de la L 24/1988, de 28 de julio; Los fondos en una SGEIC, o en una SGIIC.

[2327] El régimen jurídico es el mismo que el de las SCR, con las especialidades de los arts. 38 a 40 de la L 22/2014.

[2328] El régimen jurídico es el mismo que el de los FCR, con las especialidades de los arts. 38 a 40 de la L 22/2014.

- Sociedades gestoras de entidades de inversión de tipo cerrado (SGEIC): son sociedades anónimas cuyo objeto social es la gestión de las inversiones de una o varias ECR y EICC, así como el control y gestión de sus riesgos[2329].

En relación a la perspectiva NIE, en lo que se refiere a la administración de la sociedad SGEIC, partiendo de que la misma debe ser autorizada por la CNMV[2330], y está sometida al régimen de supervisión, inspección y sanción de la misma[2331], el ordenamiento español directamente remite al Europeo[2332] en relación al control interno, determinando la regulación europea:

a. El deber de materializar unos requisitos generales de organización, en concreto[2333]:

   i. Establecer, aplicar y mantener un procedimiento de toma de decisiones y una estructura organizativa que, además de asignar funciones y responsabilidades, determine los canales de información que deban seguirse de forma clara y documentada;
   ii. Garantizar que sus personas competentes conozcan los procedimientos que deban aplicarse para el correcto ejercicio de sus responsabilidades;
   iii. **Establecer, aplicar y mantener un mecanismo adecuado de control interno** que permita garantizar el respeto de las decisiones y de los procedimientos en todos los niveles del GFIA[2334];

[2329] Art. 41.1 L 22/2014.
[2330] Art. 45 L 22/2014.
[2331] Arts. 85 y ss L 22/2014.
[2332] Art. 59.2 L22/2014, con remisión al reglamento delegado (UE) n.º 231/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012.
[2333] Art. 57 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013. También establecerán, aplicarán y mantendrán:

- Sistemas y procedimientos adecuados para salvaguardar la seguridad, integridad y confidencialidad de la información en función de su naturaleza;
- Una adecuada política de continuidad empresarial que, en caso de sufrir alguna interrupción sus sistemas o procedimientos, permita garantizar la preservación de los datos y funciones esenciales y el mantenimiento de sus servicios y actividades o, si ello no fuere posible, la oportuna recuperación de esos datos y funciones y reanudación de sus servicios y actividades;
- En materia de contabilidad unas políticas y unos procedimientos que les permitan entregar oportunamente a la autoridad competente, si esta lo solicitare, informes financieros que, cumpliendo todas las normas y reglas aplicables en esa materia, ofrezcan una imagen fiel de su situación financiera.
- políticas y procedimientos adecuados que garanticen que las condiciones de reembolso de los FIA les sean comunicadas a los inversores con el suficiente detalle, antes de que inviertan en el FIA y en caso de variaciones significativas.

Además controlarán y evaluarán periódicamente la adecuación y efectividad de los sistemas, mecanismos de control interno y demás medidas que hayan establecido y tomarán las disposiciones pertinentes para corregir cualquier deficiencia.
[2334] Toda persona jurídica cuya actividad habitual consista en gestionar uno o varios FIA, siendo los FIA todo organismo de inversión colectiva (art. 4 Directiva 2011/61/UE).

iv. Establecer, aplicar y mantener un sistema interno efectivo de rendición de cuentas y de comunicación de información en todos los niveles del GFIA en los que ello sea pertinente, así como un flujo de información eficaz con los terceros interesados;
v. Llevar un registro correcto y ordenado de sus negocios y de su organización interna.

b. El órgano de gobierno, los altos directivos y, en su caso, la función supervisora serán responsables del cumplimiento de las obligaciones que incumban al GFIA.
c. El deber de establecer:
   i. Una función permanente de verificación de cumplimiento[2335].
   ii. Una función permanente de auditoría interna[2336].
   iii. Una función permanente de gestión del Riesgo[2337].

d. La necesaria cobertura de los riesgos de responsabilidad profesional[2338] deberán, ya sea mediante los oportunos fondos propios adicionales[2339] o a través del oportuno seguro de responsabilidad civil profesional[2340].
e. Podrá efectuar delegación de funciones[2341], pero el acuerdo de delegación deberá formalizarse en un acuerdo escrito[2342], deberá responder a razones objetivas[2343], con una selección

[2335] Art. 61 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013
[2336] Art. 62 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013
[2337] Arts. 38 a 45 del Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013 y 62 L 22/2014.
[2338] Art. 12 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013. Incluirán, sin limitarse a ellos, los siguientes riesgos:
a) pérdida de documentos que acrediten la titularidad de los activos del FIA (todo organismo de inversión colectiva);
b) declaraciones falsas o engañosas efectuadas al FIA o sus inversores;
c) actos, errores u omisiones que supongan un incumplimiento de:
i) obligaciones legales y reglamentarias,
ii) el deber, frente al FIA y sus inversores, de actuar con competencia y esmero,
iii) obligaciones fiduciarias,
iv) obligaciones de confidencialidad,
v) el reglamento del FIA o sus documentos constitutivos,
vi) las condiciones de designación del GFIA (toda persona jurídica cuya actividad habitual consista en gestionar uno o varios FIA) por el FIA;
d) omisión de establecer, aplicar y mantener procedimientos adecuados para prevenir actos deshonestos, fraudulentos o malintencionados;
e) valoración de activos o cálculo de los precios de las participaciones realizados de forma inadecuada;
f) pérdidas derivadas de incidencias en el negocio, fallos en los sistemas, deficiencias en el procesamiento de operaciones o la gestión de procesos.
[2339] Como mínimo igual al 0,01 % del valor de las carteras de los fondos gestionados (art. 14 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013).
[2340] Como mínimo igual al 0,7 % del valor de las carteras de los FIA gestionados por el GFIA (art. 15.3 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013).
[2341] Arts 65 y 66 L 22/2014.
[2342] Art. 75 d Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013.
[2343] Art. 76 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013.

de las características del delegado[2344] y con supervisión efectiva del mismo[2345].

f. Deberá informar periódica, continua y transparentemente de sus actividades y riesgos[2346].

De nuevo, es considerada una infracción muy grave las deficiencias en el control interno cuando pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad[2347] y grave el no subsanar las deficiencias que le hubiere señalado el regulador[2348].

- Empresas de servicios de inversión[2349]

Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión[2350], con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros[2351], en concreto:

- Las sociedades de valores.
- Las agencias de valores.
- Las sociedades gestoras de carteras.
- Las empresas de asesoramiento financiero.
- La gestión de sistemas multilaterales de negociación.
- La gestión de sistemas organizados de contratación.

[2344] Art. 77 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013.
[2345] Art. 79 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013.
[2346] Arts. 103 a 111 Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013 y 67 a 71 L 22/2014.
[2347] Art. 93.m) L 22/2014.
[2348] Art. 94.k) L 22/2014.
[2349] RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la L 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el RD 1309/2005, de 4 de noviembre; RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE Texto pertinente a efectos del EEE; Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 , relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE Texto pertinente a efectos del EEE; Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (Texto pertinente a efectos del EEE.); Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (Texto pertinente a efectos del EEE.)
[2350] Se consideran servicios y actividades de inversión (i) la recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros; (ii) la ejecución de órdenes por cuenta de clientes; (iii) la negociación por cuenta propia; (iv) la gestión de carteras; (v) la colocación de instrumentos financieros sin base en un compromiso firme; (vi) el aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme y (vii) el asesoramiento en materia de inversión, Art. 140 RDL 4/2015.
[2351] RDL 4/2015, Art. 138.

En relación a la perspectiva NIE, en lo que se refiere a la administración de las sociedades de inversión, partiendo de que las misma debe ser autorizada por la CNMV[2352], y está sometida al régimen de supervisión, inspección y sanción de la misma[2353] las mismas deberán contar con sólidos procedimientos de gobierno corporativo[2354] caracterizados por el deber de materializar unos requisitos generales de organización, con remisión a los arts. 21 a 43 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565[2355], **esto es los mismos vistos para el Reglamento Delegado (UE) n ° 231/2013 con ocasión de las SGEIC** (estableciendo la posibilidad de externalización de funciones[2356]), así como la necesidad de disponer de procedimientos para que los empleados puedan notificar infracciones a nivel interno[2357]. Además, siéndoles de aplicación la Directiva 2013/36/UE, acúdase a continuación al contenido expresado en relación a las entidades de crédito y las recomendaciones (aplicables[2358]) de la Autoridad Bancaria Europea[2359].

- Planes y Fondos de pensiones y Entidades Gestoras[2360]

Los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse[2361].

Y los fondos de pensiones son los patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones[2362], que se constituirán en escritura pública, carecerán de personalidad jurídica[2363] y se inscribirán en el Registro Mercantil[2364], y que se invertirán de acuerdo con criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación y de plazos adecuados a sus finalidades y conforme a límites legales y reglamentarios de exposición al riesgo[2365].

Los planes y los fondos se caracterizan (i) por estar constituidos voluntariamente, sin que sus prestaciones sean, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia,

[2352] Ibid. Art. 149.
[2353] Ibid. Arts. 233 y ss.
[2354] Ibid. Art. 182.
[2355] Ibid. Art. 193.
[2356] Art. 30 Reglamento Delegado (UE) 2017/565.
[2357] Art. 197 RDL 4/2015.
[2358] Art. 74.1 Directiva 2013/36/UE.
[2359] EBA/GL/2017/11.
[2360] RDL 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones; Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones.
[2361] Ibid. Art. 1.1.
[2362] Ibid. Art. 11.
[2363] Ibid. Art. 2.
[2364] Ibid. Art. 11 bis.
[2365] Ibid. Art. 16.1.

carácter privado y complementario o no de aquéllas[2366]; (ii) por estar instrumentados mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización, ajustándose las prestaciones estrictamente al cálculo derivado de tales sistemas[2367]; (iii) por poder ser promovidos[2368]:

- Sistema de empleo: promovido por cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes sean los empleados.
- Sistema asociado: promovido por cualquier asociación o sindicato, siendo los partícipes sus asociados, miembros o afiliados.
- Sistema individual: promovido por una o varias entidades de carácter financiero y cuyos partícipes son cualesquiera personas físicas.

Los fondos de pensiones serán administrados por una entidad gestora con el concurso de un depositario y bajo la supervisión de una comisión de control del fondo, que deberá está integrado al menos por tres personas[2369] y entre cuyas funciones[2370] están:

- Representar al fondo, pudiendo delegar en la entidad gestora para el ejercicio de sus funciones.
- Establecer su sistema de gobierno y el sistema de control interno, que faciliten la gestión de la actividad y, en especial, el cumplimiento de las obligaciones en materia de gestión de riesgos, auditoría interna y, en su caso, actuarial conforme al tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades del fondo de pensiones.

Las entidades gestoras de los fondos de pensiones serán sociedades anónimas que habrán de obtener autorización previa por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones[2371], correspondiendo la custodia de los valores a una entidad de crédito depositaria inscrita en el registro especial de «Entidades Depositarias de Fondos de Pensiones»[2372]. Las entidades gestoras de fondos de pensiones y,

[2366] Ibid. Art. 1.2.
[2367] Ibid. Art. 5.1.b.
[2368] Ibid. Art. 4.
[2369] Ibid. Art. 27.6.
[2370] Ibid. Art. 13, cuyas funciones son (art. 14):
a) Supervisión del cumplimiento de los planes adscritos.
b) Control de la observancia de las normas de funcionamiento, del propio fondo y de los planes.
c) Nombramiento de los expertos, sin perjuicio de las facultades previstas dentro de cada plan de pensiones.
d) Propuesta y, en su caso, decisión en las demás cuestiones, pudiendo recabar de las entidades gestora y depositaria la información que resulte pertinente para el ejercicio de sus funciones.
e) Examen y aprobación de la actuación de la entidad gestora en cada ejercicio económico, exigiéndole, en su caso, la responsabilidad prevista en el artículo 22 del RDL 1/2002.
f) Sustitución de la entidad gestora o depositaria, en los términos previstos en el artículo 23 del RDL 1/2002.
g) Suspensión de la ejecución de actos y acuerdos contrarios a los intereses del fondo.
h) En su caso, aprobación de la integración en el fondo de nuevos planes de pensiones.
i) Ser oída, con carácter preceptivo, en los procesos de externalización de funciones o actividades por parte de la gestora.
[2371] Ibid. Art. 20.1.
[2372] Ibid. Art. 21.

en su caso, las comisiones de control, deberán disponer de un sistema eficaz de gobierno que guarde con el tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de la entidad y de los fondos de pensiones gestionados[2373], pero que garantice una gestión adecuada y prudente de las actividades de la entidad y de los fondos gestionados[2374], y que:

- Contenga políticas escritas de gobierno corporativo[2375] y en relación con la gestión de riesgos y la auditoría interna y, en su caso, con las actividades actuariales que realice la entidad y las actividades externalizadas[2376].
- Integre las funciones de:
  - Gestión de Riesgos[2377].
  - Auditoría interna[2378].
  - Actuarial[2379].
  - Verificación del cumplimiento que comprenderá el asesoramiento al órgano de administración acerca del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que afecten a la entidad y a los fondos de pensiones gestionados, **así como acerca del cumplimiento de su normativa interna**[2380]**.**

Los titulares de una función clave informarán a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones si la dirección efectiva o las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones no toman medidas correctoras adecuadas y oportunas[2381].

[2373] Ibid. Art. 27.2.
[2374] Ibid. Art. 27.1.
[2375] Que incluirán, entre otras, una estructura organizativa apropiada y transparente, con una clara distribución y una adecuada separación de funciones, y un sistema eficaz para garantizar la transmisión de la información, así como políticas y prácticas de remuneración adecuadas a las características de las entidades.
[2376] Ibid. Art. 27.3.
[2377] Ibid. Art. 30.1, desarrollado en el art. 30 bis: El sistema de gestión de riesgos cubrirá, de forma proporcionada con el tamaño y organización interna de la entidad y con el tamaño, la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades, los riesgos que puedan surgir en los planes y fondos de pensiones o en las empresas a las que se hayan externalizado las tareas o actividades de la entidad al menos en los ámbitos siguientes, cuando proceda:
a) La suscripción y la constitución de reservas.
b) La gestión de activos y pasivos.
c) La inversión, en particular, en instrumentos derivados, titulizaciones y compromisos similares.
d) La gestión del riesgo de liquidez y de concentración.
e) La gestión del riesgo operacional.
f) El seguro y otras técnicas de reducción del riesgo.
g) Los riesgos ambientales, sociales y de gobierno relacionados con la cartera de inversiones y su gestión, en los términos establecidos en su declaración de los principios de la política de inversión.
[2378] Ibid. Art. 30.1, desarrollado en el art. 30 ter y consistente en la evaluación de la adecuación y eficacia del sistema de control interno y de otros elementos del sistema de gobierno, incluidas, cuando proceda, las actividades externalizadas.
[2379] Cuando la entidad gestora preste servicios actuariales respecto de los planes de pensiones, Ibid. Art. 30.1 desarrollado por el art. 30 quater.
[2380] Ibid. Art. 27.4.
[2381] Ibid. Art. 30.5.

Las entidades gestoras y las depositarias actuarán en interés de los fondos que administren o custodien, siendo responsables frente a las entidades promotoras, partícipes y beneficiarios de todos los perjuicios que se les causaren por el incumplimiento de sus respectivas obligaciones. Ambos están obligados a exigirse recíprocamente esta responsabilidad en interés de aquéllos[2382].

De nuevo, es considerada una infracción muy grave las deficiencias en el sistema de gobierno cuando tales deficiencias disminuyan la solvencia o pongan en peligro la viabilidad de la entidad gestora o los planes y fondos de pensiones[2383] y grave siempre que no constituya una infracción muy grave[2384].

- Sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI)[2385].

Se trata de sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación[2386] y que tienen por objeto principal a adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento[2387]. No presentan diferencias relacionados con las perspectivas NEO ni NIE que se han especificado para la sociedad anónima cotizada.

- Otros requerimientos de gobierno corporativo a sociedades anónimas de determinadas industrias.

Junto con las mencionadas y relacionadas con el sector financiero, con la misma génesis europea encontramos regulaciones específicas de gobierno corporativo y control interno:

♦ Entidades de crédito[2388]

Se trata de sociedades anónimas que desarrollan la actividad de Bancos, Cajas de ahorro, cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial, sometidas a la

[2382] Ibid. Art. 22.
[2383] Ibid. Art. 35.3.s.
[2384] Ibid. Art. 35.4.v.
[2385] L 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.
[2386] Español o en el de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o bien en un mercado regulado de cualquier país o territorio con el que exista efectivo intercambio de información tributaria, de forma ininterrumpida durante todo el período impositivo.
[2387] L 11/2009, Art. 2.1 a.
[2388] L 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; RD 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la L 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE; Directrices de la Autoridad Bancaria Europea EBA/GL/2021/05.

autorización, supervisión e investigación del Banco de España, regulan su gobierno corporativo:

La L 10/2014, transponiendo el contenido de la Directiva 2013/36/UE, requiere a las entidades y grupos consolidables de entidades de crédito que se doten de procedimientos de gobierno corporativo proporcionado a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes al modelo empresarial y las actividades de la entidad:

- Sobre los que emitirá directrices la autoridad bancaria europea[2389].
- Del que sea responsable el Consejo de Administración, que deberá[2390] (i) definir un sistema de gobierno corporativo que garantice una gestión sana y prudente de la entidad, y que incluya el adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses, (ii) vigilar la aplicación del sistema, controlando y evaluando su eficacia, adoptando las medidas correctoras e las deficiencias, (iii) responder de esa vigilancia el sistema[2391] y (iv) explicar en su página web como cumplen con lo anterior[2392].
- Dotados de[2393]:
    - Una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes[2394].
    - Una unidad u órgano[2395] que asuma la función de gestión de riesgos[2396] independiente de las funciones operativas, que tenga autoridad, rango y recursos suficientes, así como el oportuno acceso al consejo de administración[2397], con procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo[2398].

[2389] Art. 74.3 Directiva 2013/36/UE, habiendo sido dictadas las primeras en el año 2017 (EBA/GL/2017/11), con entrada en vigor el 30 de junio de 2018, y las vigentes EBA/GL/2021/05 que deroga las anteriores y en vigor desde el 31 de diciembre de 2021, https://www.eba.europa.eu/guidelines-internal-governance-second-revision (última consulta 30.06.2024).
[2390] Directrices 17 a 27 EBA/GL/2021/05.
[2391] Art. 29.2 y 3 L 10/2014 y 88.1 Directiva 2013/36/UE.
[2392] Art. 96 Directiva 2013/36/UE.
[2393] Art. 29.1 L 10/2014.
[2394] Art. 29.1.a L 10/2014.
[2395] El Banco de España determinará las entidades que, por su tamaño, su organización interna y por la naturaleza, la escala y la complejidad de sus actividades, deban establecer un comité de riesgos. Este comité estará integrado por miembros del consejo de administración que no desempeñen funciones ejecutivas y que posean los oportunos conocimientos, capacidad y experiencia para entender plenamente y controlar la estrategia de riesgo y la propensión al riesgo de la entidad. Al menos un tercio de estos miembros, y en todo caso el presidente, deberán ser consejeros independientes. Las entidades que a juicio del Banco de España no tengan que establecer un comité de riesgos, constituirán comisiones mixtas de auditoría que asumirán las funciones correspondientes del comité de riesgos.
[2396] Art. 41 RD 84/2015 y arts. 76 y ss Directiva 2013/36/UE.
[2397] L 10/2014, Art. 38.
[2398] Ibid. Arts. 29.1.b y 37.

    - Mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos[2399].
    - Políticas y prácticas de remuneración[2400].
- Con mecanismos eficaces que garanticen el cumplimiento de las exigencias de aptitud y honorabilidad[2401] de las personas que formen parte del consejo de administración[2402], en los directores generales o asimilados, así como en los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad financiera de la entidad de crédito[2403].

Las actuales Directrices EBA/GL/2021/05 de la Autoridad Bancaria Europea complementan de forma importante la anterior regulación, especificando los sistemas, procedimientos y mecanismos de gobierno interno que las entidades de crédito y las empresas de inversión deben implementar de conformidad con el artículo 74, apartado 1 conforme a los siguientes siete pilares:

- Principio de proporcionalidad[2404]

Las entidades tendrán en cuenta su tamaño, su organización interna y la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades al desarrollar y aplicar sus sistemas de gobierno interno. Las entidades significativas contarán con sistemas de gobierno más sofisticados, mientras que las entidades pequeñas y menos complejas pueden aplicar sistemas más sencillos[2405].

- Funciones y composición del órgano de administración y de los comités[2406]

[2399] Ibid. Art. 29.1.c.
[2400] Ibid. Art. 29.1.d.
[2401] Ibid. Art. 25.1, arts. 29 a 35 RD 84/2015 y 88.2 Directiva 2013/36/UE.
[2402] Ibid. Art. 24.1.
[2403] Art. 24.2 L 10/2014 y 91 Directiva 2013/36/UE.
[2404] Directrices 16 y ss, EBA/GL/2021/05.
[2405] Pueden tenerse en cuenta como criterios: a. el tamaño en términos del total del balance de la entidad y sus filiales dentro del ámbito de consolidación prudencial; b. la presencia geográfica de la entidad y el volumen de sus operaciones en cada jurisdicción; c. la forma jurídica de la entidad y si la entidad es parte de un grupo y, en caso afirmativo, la evaluación de los criterios de proporcionalidad realizada para el grupo; d. si la entidad está admitida a cotización; e. si la entidad está autorizada a utilizar modelos internos para el cálculo de los requerimientos de capital (p. ej., el método basado en calificaciones internas); f. el tipo de actividades y servicios autorizados realizados por la entidad (véanse también el anexo 1 de la Directiva 2013/36/UE y el anexo 1 de la Directiva 2014/65/UE); g. el modelo y la estrategia de negocio subyacentes; la naturaleza y la complejidad de las actividades de negocio y la estructura organizativa de la entidad; h. la estrategia de riesgo, el apetito de riesgo y el perfil de riesgo real de la entidad, teniendo en cuenta también el resultado de las evaluaciones de capital y liquidez del PRES; i. la estructura de propiedad y de financiación de la entidad; j. el tipo de clientes (p. ej., minoristas, corporativos, institucionales, pequeñas empresas, entidades públicas) y la complejidad de los productos o contratos; k. las actividades externalizadas y los canales de distribución, y l. los sistemas de tecnología de la información (TI) existentes, incluidos los sistemas de continuidad y las actividades externalizadas en esta área; m. si la entidad encaja en la definición de «entidad pequeña y no compleja» o de «entidad grande» recogidas en el artículo 4, apartado 1, puntos 145 y 146, del Reglamento (UE) n.º 575/2013.
[2406] Directrices 19 y ss, EBA/GL/2021/05.

Las responsabilidades del Órgano de Dirección incluyen el establecimiento, aprobación y supervisión de[2407]:

i. Estrategia general de negocio.
ii. Estrategia general de riesgo.
iii. Marco de control y de gobierno interno adecuado que incluya (i) una estructura organizativa clara; (ii) una función interna de gestión del riesgo; (iii) una función interna de cumplimiento; (iv) una función interna de auditoría.
iv. Políticas:
    1. Remuneratoria acorde con los principios de remuneración de la normativa.
    2. Sobre conflictos de interés a nivel de la entidad y para el personal
    3. Clave de la entidad dentro del marco legal y reglamentario aplicable.
v. Medidas que garanticen la idoneidad del órgano de administración y de los titulares de las funciones clave.
vi. Una cultura del riesgo y de valores corporativos que fomenten el comportamiento responsable y ético, incluyendo un código de conducta.
vii. Disposiciones que garanticen la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos controles financieros y operativos, y el cumplimiento de la legislación y de las normas pertinentes.

Desde lo anterior el Órgano de Dirección posee dos funciones definidas y diferenciadas, la de dirección (ejecutiva, que puede estar delegada en el CEO) y la de supervisión (no ejecutiva) que intercambian información para poder desempeñar sus cometidos:

i. Función de dirección: es el que participa activamente en las actividades de la entidad y tomará decisiones sobre una base adecuada y bien fundamentada, y que debe informar al órgano de administración en su función de supervisión de las situaciones, riesgos o cambios que puedan afectar a la entidad.

ii. Función de supervisión: el Consejo de Administración, en su función de supervisión, deberá:

    i. Realizar un seguimiento efectivo del órgano de administración en su función de dirección, incluyendo el seguimiento y el análisis de su desempeño a título individual y en su conjunto, así como la implementación de la estrategia y la consecución de los objetivos de la entidad.

[2407] También d. los importes, los tipos y la distribución del capital interno y del capital regulatorio para cubrir adecuadamente los riesgos de la entidad; e. los objetivos de gestión de la liquidez de la entidad.

ii. Garantizar y evaluar periódicamente la efectividad del marco de gobierno interno de la entidad y tomar las medidas adecuadas para corregir cualquier deficiencia identificada
iii. Vigilar que la cultura de riesgos de la entidad se aplique de manera coherente.
iv. Vigilar la integridad de la información financiera y de los informes financieros que se emitan, así como el marco de control interno.
v. Realizar un seguimiento de la ejecución del plan de auditoría interna.

Además, deberán constituirse los comités de riesgos, de nombramientos y remuneraciones y de auditoría.

- Marco de gobierno[2408]

El marco de gobierno incluye el marco organizativo y la estructura, tanto a nivel individual como de grupo, debiendo tratar de evitar estructuras complejas y potencialmente no transparentes, así como la fijación de una política de externalización de la entidad.

- Cultura de riesgos y conducta profesional[2409]

El marco de cultura de riesgos y conducta profesional se estructura a través de políticas, de la comunicación y la formación del personal que debe abarcar:

i. La gestión de la actitud de los directivos, fijando los valores y expectativas sobre su conducta.
ii. La rendición de cuentas de los miembros del personal a todos los niveles en relación a sus funciones y responsabilidades.
iii. Comunicación y crítica efectivas.
iv. Incentivos alineados con el perfil de riesgo de la entidad y sus intereses a largo plazo.
v. La existencia de procedimientos internos de alerta para que el personal informe, a través de un canal específico, independiente y autónomo, sobre incumplimientos potenciales o reales de requisitos regulatorios o internos.

- Marco y los mecanismos de control interno[2410].

Las entidades desarrollarán y mantendrán una cultura que fomente una actitud positiva hacia el control de riesgos y el cumplimiento interno por parte de la entidad, así como un marco de control interno sólido y exhaustivo. En ese marco,

[2408] Directrices 68 y ss, EBA/GL/2021/05.
[2409] Directrices 94 y ss, EBA/GL/2021/05.
[2410] Directrices 141 y ss, EBA/GL/2021/05.

las líneas de negocio de las entidades serán responsables de gestionar los riesgos en los que incurran al llevar a cabo sus actividades y tendrán establecidos controles que garanticen el cumplimiento de los requisitos internos y externos.

El marco de control interno abarcará toda la organización, incluidas las responsabilidades y tareas del órgano de administración y las actividades de todas las líneas de negocio y unidades internas, incluidas las funciones de control interno, las actividades externalizadas y los canales de distribución y garantizará:

i. Una operativa eficaz y eficiente;
ii. Una gestión prudente del negocio;
iii. Una identificación, medición y mitigación adecuadas de los riesgos;
iv. La fiabilidad de la información financiera y no financiera publicada interna y externamente;
v. Unos procedimientos administrativos y contables sólidos, y
vi. El cumplimiento de las leyes, normativas, requisitos en materia de supervisión y políticas, procesos, normas y decisiones internos de la entidad.

Como parte de este marco, las entidades contarán con funciones de control interno con autoridad, rango y acceso adecuados y suficientes al órgano de administración para cumplir su misión, y un marco de gestión de riesgos que incluirán:

i. Una función de gestión de riesgos:
    a. Tendrá acceso a todas las líneas de negocio, unidades internas, filiales y entidades asociadas.
    b. Intervendrá en:
        i. La fijación de la estrategia y decisiones en materia de riesgos.
        ii. En la toma de decisiones asociadas a cambios significativos.
        iii. En la identificación, medición, evaluación, gestión, mitigación, control y comunicación de los riesgos.
        iv. En la identificación y tratamiento de exposiciones a riesgos no aprobadas.
    c. Sujeta a revisión por parte de la función de auditoría interna.
ii. Una función de cumplimiento:
    a. Gestiona el riesgo de cumplimiento a través de una persona responsable de esta función en toda la entidad (el director o responsable de cumplimiento) independiente de las líneas de negocio y de las unidades internas que controla, y tendrá la autoridad, el rango y los recursos adecuados.
    b. Velará por que la supervisión del cumplimiento se lleve a cabo mediante un programa de supervisión del cumplimiento estructurado y bien definido y que se respete la política de cumplimiento.
    c. Verificará, en estrecha cooperación con la Función de Gestión de Riesgos y el departamento jurídico, que los nuevos productos y procedimientos cumplan con el marco jurídico vigente y, cuando

proceda, con cualquier modificación conocida inminente de la legislación, la normativa y los requisitos de supervisión.

d. Asesorará al órgano de administración sobre las medidas que se vayan a tomar para garantizar el cumplimiento de las leyes, normas, regulación y estándares aplicables, y evaluará el posible impacto de cualquier cambio en el entorno jurídico o regulatorio sobre las actividades de la entidad y el marco de cumplimiento.
e. Sujeta a revisión por parte de la función de auditoría interna.

iii. Una función de auditoría interna:

a. Será independiente y tendrá la autoridad, el rango y los recursos adecuados. Y siendo independiente de las actividades auditadas, no deberá combinarse con ninguna otra función.
b. Evaluará si el marco de control interno de la entidad es eficaz y eficiente, valorando:
    i. La adecuación del marco de gobierno de la entidad;
    ii. Si las políticas y procedimientos existentes siguen siendo apropiados y se adecúan a los requisitos legales y regulatorios y al apetito de riesgo y a la estrategia de la entidad;
    iii. La adecuación de los procedimientos a las leyes y normativas aplicables y a las decisiones del órgano de administración;
    iv. Si los procedimientos se aplican de manera correcta y eficaz (p. ej., conformidad de las operaciones, el nivel de riesgo efectivamente incurrido, etc.), y
    v. La idoneidad, calidad y efectividad de los controles realizados y de la información presentada por las unidades de negocio y por las funciones de gestión de riesgos y de cumplimiento.
c. No participará en el diseño, selección, establecimiento y aplicación de políticas, mecanismos y procedimientos específicos de control interno y límites de riesgo. Sin embargo, esto no impedirá que el órgano de administración en su función de gestión solicite información a la función de auditoría interna sobre cuestiones relacionadas con el riesgo, los controles internos y el cumplimiento de las normas aplicables.

Las tareas operativas de las funciones de control interno podrán externalizarse, teniendo en cuenta los criterios de proporcionalidad a la entidad en base consolidada o a otra entidad dentro o fuera del grupo con el consentimiento de los órganos de administración de las entidades afectadas.

- Gestión de la continuidad del negocio[2411].

Las entidades establecerán un plan adecuado de gestión de la continuidad del negocio, con el fin de garantizar su capacidad para operar de forma continuada y limitar las pérdidas en caso de perturbaciones graves en el negocio.

[2411] Directrices 225 y ss, EBA/GL/2021/05.

- Transparencia[2412].

A nivel interno, la transparencia abarca las estrategias, políticas y procedimientos se comunicarán a todo el personal pertinente de la entidad. El personal deberá conocer y cumplir las políticas y los procedimientos correspondientes a sus obligaciones y responsabilidades. A nivel externo, alcanza al contenido de las publicaciones de su estructura de gobierno y organizativa conforme a las exigencias normativas europeas[2413].

Retornando a la normativa española, de nuevo, es considerada una infracción muy grave las deficiencias en el sistema de gobierno cuando tales deficiencias disminuyan la solvencia o pongan en peligro la viabilidad de la entidad[2414] y grave siempre que no constituya una infracción muy grave[2415].

♦ Entidades aseguradoras y reaseguradoras[2416]

Se trata de sociedades aseguradoras y reaseguradoras[2417] dedicadas a las actividades de seguro de vida, seguro distinto del de vida y reaseguro[2418, 2419].

[2412] Directrices 231 y ss, EBA/GL/2021/05.
[2413] Art. 106.2 Directiva 2013/36/UE, y que deberá incluir, al menos: a. una descripción general de la organización interna de las entidades y de la estructura del grupo tal como se definen en la Directiva 2013/34/UE y en sus modificaciones, incluidos los principales canales de comunicación y responsabilidades; b. cualquier cambio relevante desde la publicación anterior y la fecha de dicho cambio; c. nuevas estructuras jurídicas, de gobernanza u organizativas; d.información sobre la estructura, la organización y los miembros del órgano de administración, incluido el número de miembros y de los calificados como independientes, y especificando el género y la duración del mandato de cada miembro del órgano de administración; e. las principales responsabilidades del órgano de administración; f. una lista de los comités del órgano de administración en su función de supervisión y su composición; g. una descripción general de la política de conflictos de intereses aplicable a las entidades y al órgano de administración; h. una descripción general del marco de control interno; y i. una descripción general del marco de gestión de la continuidad del negocio.
[2414] Art. 92.o L 10/2014.
[2415] Art. 93.p L 10/2014.
[2416] L 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; RD 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (Texto pertinente a efectos del EEE).
[2417] Podrán adoptar la forma de a) sociedad anónima, b) sociedad anónima europea, c) mutua de seguros, d) sociedad cooperativa, e) sociedad cooperativa europea, f) mutualidad de previsión social, art. 27.1 L 20/2015.
[2418] Y también (i) las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro que practiquen las entidades aseguradoras y reaseguradoras; (ii) las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora; y (iii) cualesquiera otras actividades cuando se establezca expresamente en una norma con rango de ley.
[2419] Tienen prohibidas operaciones: (i) que carezcan de base técnica actuarial; (ii) cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora -no se entenderá incluida en tal prohibición la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por éstas-; (iii) las actividades de mediación en seguros privados definidas en su normativa específica.

Sometidas a la autorización, supervisión e investigación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

La L 20/2015, transponiendo el contenido de la Directiva 2009/138/CE, parte de concretar la definición de Sistema de gobierno de la entidad[2420], función de un sistema de gobierno[2421], de externalización de funciones[2422] y de concretar el contenido de los riesgos de suscripción, de mercado, de crédito, operacional, de liquidez y de concentración[2423] y exige a todas las entidades aseguradoras y reaseguradoras (individualmente, en todas las entidades que formen parte de un grupo y en el propio grupo[2424]) de dotarse de un sistema de gobierno que verificará[2425] la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones[2426]:

- Del que el responsable último sea el órgano de administración de las entidades aseguradoras y reaseguradoras[2427].
- Eficaz, que garantice la gestión sana y prudente de la actividad y que sea proporcionado a su naturaleza, el volumen y la complejidad de sus operaciones[2428].
- Dotado de:
    - Políticas escritas de gobierno corporativo que incluirán, entre otras, una estructura organizativa transparente y apropiada, con una clara distribución y una adecuada separación de funciones, mecanismos eficaces para garantizar la transmisión de la información, y políticas y prácticas de remuneración adecuadas a las características de las entidades[2429].
    - **Una función de gestión de riesgos** y un sistema eficaz de gestión de riesgos[2430], que comprenderá las estrategias, los procesos y los procedimientos de información necesarios para identificar, medir, vigilar, gestionar y notificar de forma continua los riesgos a los que, a nivel individual y agregado, estén o puedan estar expuestas, y sus

[2420] Como la estructura organizativa transparente y apropiada, con una clara distribución y una adecuada separación de funciones, un sistema eficaz para garantizar la transmisión de información, que garantice la gestión sana y prudente de la actividad y los mecanismos eficaces de control interno de una entidad aseguradora o reaseguradora, que incluyen las siguientes funciones fundamentales: la función de gestión de riesgos, la función de verificación del cumplimiento, la función de auditoría interna y la función actuarial, Art. 13.2 L 20/2015.
[2421] Como la capacidad de una entidad aseguradora o reaseguradora para llevar a cabo determinadas tareas del gobierno de la entidad, Art. 13.1 L 20/2015.
[2422] Como cualquier tipo de acuerdo celebrado entre una entidad aseguradora o reaseguradora y un tercero, ya sea o no una entidad sujeta a supervisión, en virtud del cual éste, directamente o por subcontratación, realiza una actividad o una función que, en otras circunstancias, hubiese realizado la propia entidad aseguradora o reaseguradora, Art. 13.3 L 20/2015.
[2423] L 20/2015, Art. 14.
[2424] Ibid. Art. 152.
[2425] RD 1060/2015, Art. 205.
[2426] L 20/2015, Art. 65.5.
[2427] Ibid. Art. 65.4.
[2428] Ibid. Art. 65.1, art. 41.1 y 2 Directiva 2009/138/CE.
[2429] Ibid. Art. 65.2, que deberán ser aprobadas por el órgano de administración de la entidad, se revisarán, al menos, anualmente y se adaptarán a los cambios significativos en el sistema o área correspondiente, Art. 44 RD 1060/2015 y 41.3 Directiva 2009/138/CE.
[2430] Art. 45 RD 1060/2015 y Arts. 44 y 45 Directiva 2009/138/CE.

interdependencias[2431] y que incluirá una evaluación interna de riesgos y solvencia con carácter periódico[2432] y, en todo caso, inmediatamente después de cualquier cambio significativo de su perfil de riesgo[2433].

- **Un sistema de control interno** que constará, al menos, de procedimientos administrativos y contables, de una estructura adecuada, de mecanismos apropiados de información a todos los niveles de la entidad y de **una función de verificación del cumplimiento**, que comprenderá el asesoramiento al órgano de administración acerca del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que afecten a la entidad, así como acerca del cumplimiento de su normativa interna. Comportará, asimismo, la **evaluación del impacto de cualquier modificación del entorno legal** en las operaciones de la entidad y la determinación y **evaluación del riesgo de cumplimiento[2434].**
- **Una función eficaz de auditoría interna**, que incluirá la comprobación de la adecuación y eficacia del sistema de control interno y de otros elementos del sistema de gobierno de la entidad y se desarrollara de acuerdo con lo establecido en la regulación de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y de la actividad de auditoría de cuentas, y que[2435]:
  - Deberá ser objetiva e independiente de las funciones operativas.
  - Deberá notificar al órgano de administración sus conclusiones y recomendaciones, órgano que determinará qué acciones habrán de adoptarse con respecto a cada una de ellas y garantizará que dichas acciones se lleven a cabo.
- **Una función actuarial efectiva**[2436] desempeñada por personas que tengan conocimientos suficientes de matemática actuarial y financiera, acordes con la naturaleza, el volumen y complejidad de los riesgos inherentes a la actividad de la entidad aseguradora o reaseguradora, y que puedan acreditar la oportuna experiencia en relación con las normas profesionales y de otra índole aplicables[2437].

- Con mecanismos eficaces que garanticen el cumplimiento de las exigencias de aptitud y honorabilidad[2438] de las personas que dirigen de manera efectiva la entidad o desempeñan en ella las funciones fundamentales que lo integran, como la gestión de riesgos, la evaluación interna prospectiva de riesgos, el control interno y de cumplimiento, la auditoría interna, la función actuarial y la externalización de funciones o actividades[2439].

Si se externalizan las funciones, deberá designarse dentro de la entidad a una persona responsable de la función o actividad externalizada, que cuente con la

[2431] L 20/2015, Art. 66.1.
[2432] RD 1060/2015, Art. 46.
[2433] L 20/2015, Art. 66.2.
[2434] Ibid, Art. 66.3 y 46 Directiva 2009/138/CE.
[2435] Ibid, Art. 66.4 y 47 Directiva 2009/138/CE.
[2436] Art. 47 RD 1060/2015 y 48 Directiva 2009/138/CE.
[2437] Art. 66.5 L 20/2015.
[2438] Art. 18 RD 1060/2015, arts. 42 y 43 Directiva 2009/138/CE.
[2439] L 20/2015, Art. 65.3.

experiencia y conocimientos suficientes para comprobar la actuación de los proveedores de servicios[2440].

De nuevo, es considerada una infracción muy grave las deficiencias en el sistema de gobierno cuando tales deficiencias disminuyan la solvencia o pongan en peligro la viabilidad de la entidad[2441] y grave siempre que no constituya una infracción muy grave[2442].

- Mutuas de seguros[2443]

Son sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, que tienen por objeto la cobertura a los socios, sean personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo. Las mutuas de seguro ajustarán su a la normativa de ordenación y supervisión de seguros privados.

- Mutualidades de previsión social[2444]

Son entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras, pudiendo ser además alternativas al régimen de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos[2445]. Las mutualidades de previsión social ajustarán su funcionamiento y, en particular, la composición y competencias de los órganos rectores (Asamblea General[2446] y Junta Directiva[2447]) a la normativa de ordenación y supervisión de seguros privados[2448].

- Sociedades anónimas de garantía recíproca[2449]

Se trata de sociedades anónimas creadas por pequeñas y medianas empresas[2450] con el fin de facilitarse el acceso al crédito y servicios conexos por otorgar a sus socios garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares[2451]. No presentan diferencias relacionados con las perspectivas NEO ni NIE que se han especificado para la sociedad anónima.

[2440] Ibid. Art. 67 y 49 Directiva 2009/138/CE.
[2441] Ibid. Art. 194.10.
[2442] Ibid. Art. 195.7.
[2443] Art. 41 L 20/2015.
[2444] RD 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social.
[2445] Arts. 43 a 45 L 20/2015 y Art. 2 RD 1430/2002.
[2446] Arts. 36 a 28 RD 1430/2002.
[2447] Arts. 39 a 42 RD 1430/2002. Art. 34 RD 1430/2002.
[2448] Art. 34 RD 1430/2002.
[2449] L 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.
[2450] Aquéllas cuyo número de trabajadores no exceda de doscientos cincuenta.
[2451] No pueden conceder ninguna clase de créditos a sus socios.

- Sociedades anónimas deportivas (SAD)[2452]

Son la forma societaria que deben adoptar los clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal[2453]. No presentan diferencias relacionados con las perspectivas NEO ni NIE que se han especificado para la sociedad anónima.

4. Sociedad de responsabilidad limitada

Las de responsabilidad limitada[2454], son sociedades constituidas por acto unilateral en el caso de sociedades unipersonales (socio único) o por contrato entre dos o mas personas, en las que el capital está dividido en participaciones sociales (partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social, cuya titularidad confiere la condición de socio) que se integran en su emisión por las aportaciones de todos los socios (realizadas a título de propiedad, y que podrán constituir en bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, pero no trabajo o servicios), socios que no responden personalmente de las deudas sociales. La condición de socio también se adquiere por la transmisión en escritura pública de las participaciones.

Los planteamiento de funcionamiento internos relacionados con la perspectiva NEO abarcan el poder representación de la Sociedad y son iguales a los de la sociedad anónima. Y los planteamiento de funcionamiento internos relacionados con la perspectiva NIE son análogos a los de la sociedad anónima, salvo en la forma para adoptar las decisiones en Junta General, que abarca:

a. El derecho de información[2455].
b. La votación, estando integrada esta:
    i. Por la asociación de votos a las participaciones, que salvo disposición contraria de los estatutos sociales cada participación concede a su titular el derecho a emitir un voto[2456].
    ii. Por las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos.
    iii. Por la prohibición de intervenir en la votación cuando el Socio posea un conflicto de intereses[2457].
    iv. Por las mayorías necesarias para la constitución[2458] y adopción de los acuerdos por la Junta.

[2452] RD 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas.
[2453] Art. 1 RD 1251/1999.
[2454] RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
[2455] Art. 196 RDL 1/2010.
[2456] Art. 188.1 RDL 1/2010.
[2457] Art. 190 RDL 1/2010.
[2458] Arts. 193 y 194 RDL 1/2010.

La transformación[2459], fusión[2460], escisión o cesión global de activo y pasivo[2461], incluido el traslado internacional del domicilio social[2462] de todas las anteriores sociedades mercantiles, poseen una regulación común[2463] y que coincide con planteamientos NIE como ocasiones para la potencial necesaria modificación del régimen de funcionamiento interno de la nueva sociedad resultante de la modificación estructural.

5. Entidades de Interés público[2464]

[2459] A un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica; arts. 3 y ss L 3/2009.
[2460] Arts. 22 y ss L 3/2009.
[2461] Total (extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde), parcial (traspaso de una unidad económica a cambio de participaciones o acciones, con reducción de capital de la sociedad que traspasa la unidad) o segregación (traspaso de una unidad económica a cambio de participaciones o accione, sin reducción de capital de la sociedad que traspasa la unidad), arts, 68 y ss L 3/2009.
[2462] Arts. 92 y ss L 3/2009.
[2463] L 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
[2464] Reguladas en la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE), la misma presenta en su art. 3 la siguiente clasificación de empresas y grupos:
1. Al aplicar una o varias de las opciones del artículo 36, los Estados miembros definirán las **microempresas** como las empresas que, en la fecha de cierre del balance, no rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes:
a) total del balance: 350 000 EUR;
b) volumen de negocios neto: 700 000 EUR;
c) número medio de empleados durante el ejercicio: 10.
2. Se entenderá por **pequeña empresa** aquella que, en la fecha de cierre del balance, no rebase los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes:
a) total del balance: 4 000 000 EUR;
b) volumen de negocios neto: 8 000 000 EUR;
c) número medio de empleados durante el ejercicio: 50.
Los Estados miembros podrán definir umbrales que rebasen los señalados en las letras a) y b) del párrafo primero. En todo caso, los umbrales no rebasarán los 6 000 000 EUR en el total del balance ni los 12 000 000 EUR en el volumen de negocios neto.
3. Se entenderá por **empresa mediana** aquella que no cumpla los requisitos para ser considerada microempresa o empresa pequeña y que, en la fecha de cierre del balance, no rebase los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes:
a) total del balance: 20 000 000 EUR;
b) volumen de negocios neto: 40 000 000 EUR;
c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.
4. Se entenderá por **empresa grande** aquella que, en la fecha de cierre del balance, rebase los límites numéricos de dos de los tres criterios siguientes:
a) total del balance: 20 000 000 EUR;
b) volumen de negocios neto: 40 000 000 EUR;
c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.

Las entidades de interés público son las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada[2465] que[2466]:

- Estén reguladas por el Derecho de un Estado miembro y cuyos valores mobiliarios sean admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro[2467];
- Sean entidades de crédito[2468];
- Sean empresas de seguros[2469];
- Hayan sido señaladas por los Estados miembros como entidades de interés público, como por ejemplo empresas que revistan una importancia pública significativa en razón de la naturaleza de su actividad, tamaño o número de empleados.

5. Se entenderá por **grupos pequeños** los constituidos por una sociedad matriz y sus filiales que vayan a incluirse en una consolidación y que, de manera consolidada, no rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes en la fecha de cierre del balance de la sociedad matriz:
a) total del balance: 4 000 000 EUR;
b) volumen de negocios neto: 8 000 000 EUR;
c) número medio de empleados durante el ejercicio: 50.
Los Estados miembros podrán definir umbrales que rebasen los señalados en las letras a) y b) del párrafo primero. En todo caso, los umbrales no rebasarán los 6 000 000 EUR en el total del balance ni los 12 000 000 EUR en el volumen de negocios neto.
6. Se entenderá por **grupos medianos** los que no sean grupos pequeños y estén constituidos por una sociedad matriz y sus filiales que vayan a incluirse en una consolidación y que, de manera consolidada, no rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes en la fecha de cierre del balance de la sociedad matriz:
a) total del balance: 20 000 000 EUR;
b) volumen de negocios neto: 40 000 000 EUR;
c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.
7. Se entenderá por **grupos grandes** los constituidos por una sociedad matriz y sus filiales que vayan a incluirse en una consolidación y que, de manera consolidada, rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes en la fecha de cierre del balance de la sociedad matriz:
a) total del balance: 20 000 000 EUR;
b) volumen de negocios neto: 40 000 000 EUR;
c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.

[2465] Anexo I de la Directiva 2013/34/UE.
[2466] Art. 2 de la Directiva 2013/34/UE.
[2467] Con arreglo a la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 , relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.
[2468] Con arreglo a la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE Texto pertinente a efectos del EEE.
[2469] En el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 91/674/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros.

Estas entidades presentan especialidades a la hora de formular los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes y en relación a su auditoría de cuentas, en concreto:

1. Deberán incluir en el informe de gestión consolidado el estado de información no financiera incluirá la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal. En concreto, deberá incluir[2470]:

- Una descripción de las políticas que aplica el grupo respecto a dichas cuestiones, que incluirá los procedimientos de diligencia debida aplicados para la identificación, evaluación, prevención y atenuación de riesgos e impactos significativos y de verificación y control, incluyendo qué medidas se han adoptado.
- Los resultados de esas políticas, debiendo incluir indicadores clave de resultados no financieros pertinentes que permitan el seguimiento y evaluación de los progresos y que favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores, de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia utilizados para cada materia.
- Los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades del grupo, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo el grupo gestiona dichos riesgos, explicando los procedimientos utilizados para detectarlos y evaluarlos de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia para cada materia. Debe incluirse información sobre los impactos que se hayan detectado, ofreciendo un desglose de los mismos, en particular sobre los principales riesgos a corto, medio y largo plazo.

Además de las entidades de interés público, deberán incluir en el informe de gestión consolidado la anterior información no financiera también las sociedades que formulen cuentas consolidadas y que[2471] (i) osean más de 500 trabajadores; o que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes[2472]: 1.º Que el total de las partidas del activo consolidado sea superior a 20.000.000 de euros; 2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 de euros; 3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta.

[2470] Art. 19 bis Directiva 2013/34/UE. y arts. 49 CCo y 262.5 LSC.
[2471] Art. 49 CCo.
[2472] Grupos grandes (art. 3.7 Directiva 2013/34/UE), Disposición Transitoria 3 Ley 11/2018, de 28 de diciembre.

2. Incluir una declaración sobre gobernanza empresarial en su informe de gestión[2473], en el que se incluya:

- El código de gobernanza empresarial al que la empresa esté sujeta y el código de gobernanza empresarial que la empresa haya decidido voluntariamente aplicar.
- Toda la información pertinente sobre las prácticas de gobernanza empresarial aplicadas que excedan de las requeridas por la legislación nacional.
- Una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos de la empresa en relación con el proceso de emisión de información financiera.

La calidad de la información presentada en relación con la gobernanza empresarial (principio de cumplir o explicar), es desarrollada por la recomendación de la Comisión de 9 de abril de 2014. El principio consistente en «cumplir o explicar» ofrece a las empresas un margen de flexibilidad, al permitirles adaptar su gobernanza empresarial a su tamaño, a la estructura de su accionariado o a sus especificidades sectoriales. Al mismo tiempo, promueve una cultura de la responsabilidad, ya que incita a las empresas a reflexionar más en profundidad obre los regímenes de gobernanza empresarial[2474], debiendo en su informe:

- Explicar de qué manera han desatendido esa recomendación;
- Describir las razones para ello;
- Describir cómo adoptaron la decisión de desatender la recomendación;
- Cuando la no aplicación sea temporal, explicar cuándo prevén atender una recomendación específica;
- Cuando proceda, describir la medida adoptada en lugar del cumplimiento de la recomendación y explicar cómo contribuye esa medida al logro del objetivo subyacente de la recomendación específica o del código en su conjunto; o aclarar cómo contribuye a la buena gobernanza empresarial.

3. En relación a su obligatoria auditoría de cuentas[2475]:

- Cuando el auditor sospeche que se han producido o pueden producirse irregularidades, incluyendo fraude y error, en relación con los estados financieros de la entidad auditada, deberá informar de ello a esta última, invitándola a investigar el asunto y a adoptar las medidas oportunas para corregir tales irregularidades y evitar su repetición en el futuro. Si la entidad auditada no investiga el asunto, el auditor legal o la sociedad de auditoría

[2473] Art. 20 Directiva 2013/34/UE. y arts. 49 CCo y 262.5 LSC.
[2474] Considerando 7 de la Recomendación de la Comisión de 9 de abril de 2014.
[2475] Art. 34 Directiva 2013/34/UE y Reglamento (UE) n o 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE.

deberá informar de ello a las autoridades a las que los Estados miembros hayan atribuido la responsabilidad de la investigación de tales irregularidades[2476].

- El informe de auditoría deberá explicar en qué medida se ha considerado que la auditoría legal permitía detectar irregularidades, incluidas las de carácter fraudulento[2477].
- Deberá incluir un informe especial para el Comité de Auditoría en el que se trate[2478]:
    - La naturaleza, frecuencia y alcance de la comunicación con el comité de auditoría u órgano que desempeñe funciones equivalentes dentro de la entidad auditada, el órgano de dirección y el órgano de administración o de supervisión de la entidad auditada, indicando las fechas de las reuniones con dichos órganos;
    - Consignará toda deficiencia significativa del sistema de control interno de la entidad auditada o, en el caso de los estados financieros consolidados, del sistema de control interno de la empresa matriz, así como del sistema contable; para cada una de esas deficiencias significativas, el informe adicional indicará si la deficiencia en cuestión ha sido resuelta o no por la dirección;
- Deberá comunicar a los supervisores toda información relativa a la entidad de interés público de la que haya tenido conocimiento durante la realización de la auditoría legal y que pueda dar lugar a cualquiera de las consecuencias siguientes[2479]:
    - Una infracción grave de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que establecen, en su caso, las condiciones de autorización, o que regulan de manera específica el ejercicio de las actividades de la entidad de interés público;
    - Una amenaza o duda de importancia relativa en relación con la continuidad de las actividades de la entidad de interés público;
    - La negativa a emitir un dictamen de auditoría sobre los estados financieros, o la emisión de un dictamen desfavorable o con reservas.

6. Otras sociedades o patrimonios mercantiles

- Sociedades Cooperativas[2480], cooperativas de segundo grado[2481] y grupos cooperativos[2482].

[2476] Art. 7 del Reglamento n °537/2014.
[2477] Art. 10.2.d del Reglamento n °537/2014.
[2478] Art. 11 del Reglamento n °537/2014.
[2479] Art. 12 del Reglamento n °537/2014.
[2480] L 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
[2481] Son las cooperativas constituidas por, al menos, dos cooperativas, de acuerdo con el art. 77 L 27/1999.
[2482] Es el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, art. 78 L 27/1999.

La cooperativa es una sociedad con personalidad jurídica propia[2483] constituida por al menos tres personas[2484] (físicas, jurídicas o comunidades de bienes[2485]) que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales[2486], encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, pudiendo organizarse y desarrollarse mediante una sociedad cooperativa cualquier actividad económica[2487].

El elemento diferencial de este tipo de organización es que los socios, cuya responsabilidad por las deudas sociales está limitada a las aportaciones de capital social que hubiera suscrito[2488], poseen las obligaciones de[2489]:

- Cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa.
- Participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos.
- Guardar secreto sobre aquellos asuntos y datos de la cooperativa cuya divulgación pueda perjudicar a los intereses sociales lícitos.
- Aceptar los cargos para los que fueren elegidos, salvo justa causa de excusa.
- Cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan.
- No realizar actividades competitivas con las actividades empresariales que desarrolle la cooperativa, salvo autorización.
- Quedar sometidos a las normas de disciplina social[2490].

[2483] Art. 7 L 27/1999.
[2484] Art. 8 L 27/1999.
[2485] Art. 12 L 27/1999.
[2486] Las cooperativas pueden clasificarse en (Art. 6 L 27/1999):
– Cooperativas de trabajo asociado, art. 80 L 27/1999.
– Cooperativas de consumidores y usuarios, art. 88 L 27/1999.
– Cooperativas de viviendas, art. 89 y ss L 27/1999.
– Cooperativas agroalimentarias, art. 93 L 27/1999.
– Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, arts. 94 y ss L 27/1999.
– Cooperativas de servicios, art. 98 L 27/1999.
– Cooperativas del mar, art. 99 L 27/1999.
– Cooperativas de transportistas, art. 100 L 27/1999.
– Cooperativas de seguros, art. 42 L 20/2015, que deben regirse por las disposiciones de la L 20/2015, su desarrollo reglamentario, y por los preceptos del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital a los que se remite, así como por las disposiciones reglamentarias que la desarrollen y, supletoriamente, por la legislación de cooperativas (art. 101 L 27/1999).
– Cooperativas sanitarias, art. 102 L 27/1999.
– Cooperativas de enseñanza, art. 103 L 27/1999.
– Cooperativas de crédito, art. 104 L 27/1999, Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito y Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito..
[2487] Art. 1 L 27/1999.
[2488] Art. 15.3 L 27/1999.
[2489] Art. 15.2 L 27/1999.
[2490] Pudiendo ser sancionados por el órgano de gobierno (Consejo Rector), con revisión de la decisión por el Comité de Recursos, cuya composición y funcionamiento figurará en los Estatutos (art. 44 L 27/1999).

Y poseen los derechos de[2491]:

- Asistir, participar en los debates, formular propuestas según la regulación estatutaria y votar las propuestas que se les sometan en la Asamblea General y demás órganos colegiados de los que formen parte[2492].
- Ser elector y elegible para los cargos de los órganos sociales.
- Participar en todas las actividades de la cooperativa, sin discriminaciones.
- El retorno cooperativo, en su caso[2493].
- La actualización, cuando proceda, a la liquidación de las aportaciones al capital social, así como a percibir intereses por las mismas, en su caso.
- La baja voluntaria.
- Recibir la información necesaria para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- A la formación profesional adecuada para realizar su trabajo los socios trabajadores y los socios de trabajo.

Los órganos de la cooperativa son la Asamblea[2494], el Consejo Rector[2495] (como órgano de gobierno) y la Intervención[2496] (como órgano de fiscalización de la Cooperativa). La responsabilidad de los consejeros e interventores por daños

[2491] Art. 16.2 L 27/1999.

[2492] El socio tendrá derecho, en relación a la Asamblea y su toma de decisiones, a:

- Recibir copia de los Estatutos sociales y, si existiese, del Reglamento de régimen interno y de sus modificaciones, con mención expresa del momento de entrada en vigor de éstas.
- Libre acceso a los Libros de Registro de socios de la cooperativa, así como al Libro de Actas de la Asamblea General y, si lo solicita, el Consejo Rector deberá proporcionarle copia certificada de los acuerdos adoptados en las Asambleas Generales.
- Recibir, si lo solicita, del Consejo Rector, copia certificada de los acuerdos del Consejo que afecten al socio, individual o particularmente y en todo caso a que se le muestre y aclare, en un plazo no superior a un mes, el estado de su situación económica en relación con la cooperativa.
- Examinar en el domicilio social y en aquellos centros de trabajo que determinen los Estatutos, en el plazo comprendido entre la convocatoria de la Asamblea y su celebración, los documentos que vayan a ser sometidos a la misma y en particular las cuentas anuales, el informe de gestión, la propuesta de distribución de resultados y el informe de los Interventores o el informe de la auditoría, según los casos.
- Solicitar por escrito, con anterioridad a la celebración de la Asamblea, o verbalmente en el transcurso de la misma, la ampliación de cuanta información considere necesaria en relación a los puntos contenidos en el orden del día.
- Los Estatutos regularán el plazo mínimo de antelación para presentar en el domicilio social la solicitud por escrito y el plazo máximo en el que el Consejo podrá responder fuera de la Asamblea, por la complejidad de la petición formulada.
- Solicitar por escrito y recibir información sobre la marcha de la cooperativa en los términos previstos en los Estatutos y en particular sobre la que afecte a sus derechos económicos o sociales. En este supuesto, el Consejo Rector deberá facilitar la información solicitada en el plazo de 30 días o, si se considera que es interés general, en la Asamblea más próxima a celebrar, incluyéndola en el orden del día.
- Cuando el 10 por ciento de los socios de la cooperativa, o cien socios, si ésta tiene más de mil, soliciten por escrito al Consejo Rector la información que considere necesaria, éste deberá proporcionarla también por escrito, en un plazo no superior a un mes.

[2493] De acuerdo con la aplicación de los excedentes que determina el art. 58 L 27/1999.

[2494] Arts. 20 a 31 L 27/1999.

[2495] Arts. 32 a 37 L 27/1999.

[2496] Arts. 38 y 39 L 27/1999.

causados, se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas, si bien, los interventores no tendrán responsabilidad solidaria. El acuerdo de la Asamblea General que decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad requerirá mayoría ordinaria, que podrá ser adoptado aunque no figure en el orden del día. En cualquier momento la Asamblea General podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción siempre que no se opusieren a ello socios que ostenten el cinco por ciento de los votos sociales de la cooperativa[2497].

- Sociedades Cooperativas Europeas (SCE)[2498]

La sociedad cooperativa europea posee personalidad jurídica propia[2499] y tendrá por objeto principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios personas físicas o jurídicas[2500] mediante (i) la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza o haga ejercer la SCE; (ii) la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento de su participación en actividades económicas, en el modo anterior, en una o más SCE o sociedades cooperativas nacionales o a través de una filial[2501]. Los socios, salvo que los estatutos[2502] determinen algo distinto, sólo responderán hasta el límite del capital que haya suscrito, debiendo en este caso determinar la denominación la mención de limitada[2503].

La Asamblea general es el órgano de reunión y decisión de los socios cooperativistas, pudiendo reunirse asambleas sectoriales cuando la SCE desarrolle varias actividades distintas, ejerza actividades en más de una unidad territorial o posea varios establecimientos o más de 500 socios, siempre que los estatutos lo prevean[2504].

Al igual que la sociedad anónima europea, la sociedad puede optar por un sistema de representación y gestión monista (un solo órgano de administración) o un sistema dual de dirección y administración[2505]. En el sistema dual, como en la SE, no siendo compatible el ejercicio simultaneo de la función de miembro del órgano de dirección y control[2506]:

[2497] Art. 43 L 27/1999.
[2498] Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE); Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España.
[2499] Ibid. Art. 1.5.
[2500] Ibid. Art. 2.
[2501] Ibid. Art. 1.3.
[2502] Ibid. Art. 5.
[2503] Ibid. Art. 1.2.
[2504] Ibid. Arts. 52 a 63.
[2505] Ibid. Art. 36.
[2506] Ibid. Art. 37.1.

- El órgano de dirección: (i) será responsable de la gestión de la SCE y la representará frente a terceros y ante los tribunales[2507]; (ii) informará como mínimo cada tres meses al órgano de control de la marcha de los asuntos de la SCE, a su debido tiempo de cualquier información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles en la situación de la SCE[2508].
- El órgano de control[2509], cuyos miembros serán nombrados por la asamblea[2510] y no podrán ser socios no usuarios en mas de un cuarto de los puestos[2511]: (i) nombrará y revocará a la dirección[2512]; (ii) controlará la gestión encomendada a la dirección, no pudiendo ejercer por sí mismo ni la gestión ni la representación de la SCE ante terceros[2513]; (iii) podrá solicitar cuanta información y hacer cuantas comprobaciones considere necesarias al órgano de dirección para ejercer la función de control[2514]; (iv) podrá acordar que determinadas operaciones se sometan a autorización previa[2515].

En el sistema monista, el órgano de administración (Consejo Rector[2516]) asumirá la gestión de la SCE y la representará frente a terceros y ante los tribunales[2517].

Las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades anónimas se aplicarán a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control en el ámbito de sus respectivas funciones[2518].

- Sociedades Profesionales[2519]

Pudiendo constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias existentes, las sociedades profesionales se caracterizan por ser la forma que deben adoptar aquellas que posean como objeto social el ejercicio en común[2520] de una actividad profesional, esto es, aquélla para cuyo desempeño se requiere

[2507] Ibid. Art. 37.3. Cuando el ejercicio del poder de representación de la SCE frente a terceros se confíe a más de un miembro, dichos miembros ejercerán ese poder colectivamente, salvo que el Derecho del Estado miembro del domicilio social de la SCE permita que los estatutos dispongan otra cosa, en cuyo caso esta cláusula será oponible frente a terceros cuando sea objeto de la publicidad, art. 47 Reglamento (CE) n° 1435/2003.
[2508] Ibid. Art. 40.
[2509] Es de aplicación al Consejo de control lo previsto en la legislación de cooperativas correspondiente para el funcionamiento del Consejo rector de las sociedades cooperativas en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento, art. 18.1 L 3/2011.
[2510] Reglamento (CE) n° 1435/2003, Art. 39.2
[2511] Ibid. Art. 39.3.
[2512] Ibid. Art. 37.2, salvo que los Estatutos determinen que lo haga la Asamblea.
[2513] Ibid. Art. 39.1.
[2514] Ibid. Art. 40.
[2515] Ibid. Art. 48 y Art. 19 L 3/2011.
[2516] Art. 12 L 3/2011.
[2517] Arts. 42 a 44 Reglamento (CE) n° 1435/2003.
[2518] Art. 12 L 3/2011.
[2519] L 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.
[2520] Cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente, art. 1 L 2/2007.

titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. La responsabilidad patrimonial de los socios se determinará de acuerdo con la forma social adoptada, pero de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan[2521]. No presentan más diferencias relacionados con las perspectivas NEO ni NIE que se han especificado para las formas societarias existentes.

- Sociedades Laborales y Participadas[2522]

Pudiendo constituirse como sociedades anónimas o limitadas, las sociedades laborales se caracterizan porque su capital social es propiedad de los trabajadores que presten en ella servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido, gozando de beneficios fiscales[2523]. Por su parte, las sociedades participadas por trabajadores son las anónimas o limitadas que no alcancen los requisitos para ser consideradas laborales. No presentan más diferencias relacionados con las perspectivas NEO ni NIE que se han especificado para la sociedad anónima y limitada.

- Agrupaciones de interés económico[2524]

Rigiéndose en lo no previsto en su normativa por la regulación de las sociedades colectivas[2525], son entidades de carácter mercantil y con personalidad jurídica que resulta del interés de sus socios en facilitar el desarrollo o mejorar sus resultados en una actividad económica auxiliar a la que ellos realicen, sin que posea ánimo de lucro en sí misma y respondiendo los socios personal y solidariamente entre sí por todas sus deudas. Pudiendo ser administrador un no socio (y una persona jurídica), la representación de la agrupación corresponde a los administradores, expresándose la voluntad de los socios en la asamblea. No presentan mas diferencias relacionados con las perspectivas NEO ni NIE que se han especificado para la sociedad anónima.

- Uniones temporales de empresas[2526]

Es un sistema de colaboración entre empresarios tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro sin

[2521] Art. 11.2 L 2/2007.
[2522] L 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.
[2523] Gozarán, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de una bonificación del 99 por 100 de las cuotas que se devenguen por modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por la adquisición, por cualquier medio admitido en Derecho, de bienes y derechos provenientes de la empresa de la que proceda la mayoría de los socios trabajadores de la sociedad laboral.
[2524] L 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.
[2525] Art. 1 L 12/1991.
[2526] L 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

personalidad jurídica propia. Se formalizan en escritura pública en la que ese determinará (i) el Gerente con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes en su nombre; (ii) las aportaciones, si existiesen, al fondo operativo común que cada Empresa comprometa en su caso, así como los modos de financiar o sufragar las actividades comunes; (iii) el criterio temporal de imputación de resultados o, en su caso, ingresos o gastos; (iv) la proporción o método para determinar la participación de las distintas Empresas miembros en la distribución de los resultados o, en su caso, en los ingresos o gastos de la Unión.

Las empresas quedan directamente obligadas, por lo que nos encontraríamos, en realidad, ante una figura como de emprendimiento en los términos de HANSMANN, o de apoderamientos para la intervención en el tráfico NEO, con la peculiaridad de ser supraindividual.

- Cuentas en participación[2527]

Fórmula mercantil por la que un comerciante se interesa en las operaciones de otro, contribuyendo a ellas con la parte del capital que convinieren, habiéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.

D. Otras formas asociativas privadas

Además de las sociedades civiles y de las sociedades mercantiles colectivas, comanditarias, anónimas, limitadas y otras, el ordenamiento contempla las siguientes formulas asociativas privadas:

1. *Asociaciones*[2528].

Se trata de la unión de tres o más personas físicas o jurídicas que, sin ánimo de lucro, se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular[2529], y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento. Con el otorgamiento del acta fundacional la asociación adquiere personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

Las asociaciones responden de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros[2530], pero los asociados no responden personalmente de las deudas de la asociación[2531].

[2527] Arts. 239 a 243 CCo.
[2528] LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, también aplicable a federaciones, confederaciones y unión de asociaciones.
[2529] Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales, art. 2.7 LO 1/2002.
[2530] Ibid, Art. 15.1.
[2531] Ibid. Art. 15.2.

Con respecto a los planteamientos NEO, los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, responderán ante ésta, ante los asociados y ante terceros por los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes[2532]. Y con respecto a los planteamientos NIE, los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas responderán civil y administrativamente por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por los acuerdos que hubiesen votado, frente a terceros, a la asociación y a los asociados[2533]. Tanto en uno como en otro caso, cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación, responderán todos solidariamente por los actos y omisiones, a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación y ejecución o que expresamente se opusieron a ellas[2534].

La LO 1/2002 contiene un régimen general del derecho de asociación compatible con las modalidades específicas reguladas en leyes especiales y en las normas que las desarrollan (i.e. partidos políticos[2535], los sindicatos[2536], las asociaciones empresariales, las confesiones religiosas[2537], las asociaciones deportivas[2538], las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados[2539] y de Fiscales[2540], las de fuerzas y cuerpos de seguridad[2541], de cooperativas[2542]) y al que se ajustarán las asociaciones no contempladas en la legislación especial[2543].

2. Fundaciones[2544]:

Son fundaciones las organizaciones con personalidad jurídica propia[2545] constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen

[2532] Ibid. Art. 15.3.
[2533] Ibid. Art. 15.4.
[2534] Ibid. Art. 15.5.
[2535] LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.
[2536] LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; L 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical.
[2537] LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
[2538] L 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; RD 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas.
[2539] LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
[2540] L 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
[2541] LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
[2542] Arts. 117 y ss L 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
[2543] Quedando excluidas de su ámbito las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico.
[2544] L 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; RD 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.
[2545] Art. 4 L 50/2002.

afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general[2546] que beneficien a colectividades genéricas de personas[2547].

El gobierno de la fundación le corresponde al patronato, a quién corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos[2548]. Junto con el patronato, el protectorado (que es ejercido por la Administración General del Estado a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación[2549]) vela por el correcto ejercicio del derecho de fundación[2550] y por la legalidad de la constitución y su funcionamiento[2551].

Las fundaciones podrán (i) participar en actividades económicas con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia[2552], (ii) obtener ingresos por sus actividades[2553]; (iii) enajenar o gravar los bienes y derechos de patrimonio de la Fundación de la autorización del Protectorado[2554], (iv) participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales[2555].

Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución,

[2546] Art. 2.1 L 50/2002. Pueden ser fines de interés general, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.
[2547] Art. 3.2 L 50/2002.
[2548] Art. 14 L 50/2002.
[2549] Art. 40 RD 1337/2005.
[2550] Incluyendo la verificación de si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, art. 35.1.f L 50/2002.
[2551] Art. 34.1 L 50/2002.
[2552] Art. 24.1 L 50/2002.
[2553] Art. 26 L 50/2002, debiendo ser destinaos a la realización de los fines fundacionales al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato, art. 27.1 L 50/2002.
[2554] Art. 21 L 50/2002; arts. 17 y ss RD 1337/2005.
[2555] Art. 24.2 L 50/2002.

desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.[2556]

E. Algunas conclusiones

Tras completar la identificación de las normas reguladoras de todas las formas societarias que pueden concurrir en el tráfico jurídico privado español, podemos afirmar:

1. Que en aquellas **formas normativas societarias** en las que la figura del **propietario resulta esencial frente a terceros** que se relacionen con la mercantil, aquel tiene que asumir necesariamente la administración de la sociedad**, responde con todos sus bienes y no presentan en su regulación planteamientos asociados al marco analítico NIE.**

2. Que todas aquellas **formas normativas societarias** que contemplan la posibilidad de una **administración distinta de la de los propietarios y que estos puedan crecer en cantidad y heterogeneidad**, incorporan además de los planteamientos NEO planteamientos relacionados con la supervisión de la actividad interna de la sociedad, esto es, **planteamientos coincidentes con el marco analítico NIE.**

3. L**a cantidad e intensidad de requerimientos normativos asociados al marco analítico NIE** exigibles en las distintas formas normativas societarias **es directamente proporcional:**

- **A la cantidad de propietarios** (o clases de propietarios) que coexistan o puedan llegar a coexistir en una concreta forma normativa societaria y a **la heterogeneidad de los propietarios** (o clases de propietarios) que coexistan o puedan llegar a coexistir en una concreta forma normativa societaria;
- **Al volumen de la actividad de contratación** que exista o pueda llegar a existir de la concreta forma normativa societaria en;
- **A la actividad corporativa que exista** o pueda llegar a existir de la concreta forma normativa societaria (desarrollada en los márgenes de esa actividad de contratación).

Esto es, los requerimientos:

- Aumentan conforme disminuye la capacidad de control directa de los propietarios y los costes de propiedad aumentan proporcionalmente.
- Gravitan en torno a la **gestión del riesgo de que se produzcan acontecimientos futuros indeseables en paralelo a la búsqueda de un común acontecimiento futuro deseado: el beneficio**.

[2556] Art. 17.2 L 50/2002.

VI. Una teoría de la actuación penal de las organizaciones empresariales.

A. Posiciones dogmáticas.

1. Los principales posicionamientos dogmáticos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas han girado en torno a la consideración del papel de la conducta delictiva de la persona física y de la capacidad de la persona jurídica para actuar penalmente, oscilando las posiciones entre los que consideran que la responsabilidad se concentra en la actuación de la persona física (única con capacidad para concebir y ejecutar actos -heterorresponsabilidad-) y aquellas otras afirman la responsabilidad por una actuación propia de la persona jurídica (autorresponsabilidad)[2557].

2. Las posiciones de heterorresponsabilidad giran en torno a la consideración de la responsabilidad penal de la persona física y su proyección a la jurídica por la constatación de unos hechos de conexión, que permiten alcanzar su responsabilidad penal. Serían partidarios de esta posición dogmática:

- DEL MORAL GARCÍA, para quién "*estamos ante un sistema de responsabilidad criminal vicaria (a) acumulativa o dual (b), directa (c) y restringida (d)*"[2558]; vicaria porque se edifica sobre la responsabilidad penal de las personas físicas; acumulativa porque la responsabilidad de ninguna anula la de la otra, siendo ambas compatibles; directa porque la responsabilidad es exigible a las personas jurídicas siempre que se constate la comisión de un delito por quienes ostenten los cargos del 31 bis.1. CP; y es restringida porque el legislador ha establecido un listado de posibles delitos. Profundizando en la exposición de sus fundamentos, DEL MORAL GARCÍA parte (i) del expreso reconocimiento de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, pero de contenido material distinto al de las personas físicas[2559] y (ii) de que si bien la carga de producción de las circunstancias eximentes corresponde a la defensa, no es correcto (ni ajustado a la práctica) considerar que las dudas sobre las mismas deban resolverse en contra del acusado[2560] y, por lo mismo, acercándose a parámetros valorativos "*que, si no son totalmente equiparables a la presunción de inocencia, si se le aproximan*"[2561]. Desde las anteriores precisiones, considera que la valoración de los programas de cumplimiento debe operarse considerando su potencial eficacia exoneradora de responsabilidad[2562] de la siguiente forma[2563]:

[2557] Una clasificación de ZUGALDÍA ESPINAR (2017).
[2558] DEL MORAL GARCÍA (2018); DEL MORAL GARCÍA (2023 a pág. 1789).
[2559] Con referencias a diferencias expresadas por la normativa europea (Directiva 2016/343) y con opinión de su fundamento en la diferencia entre la pena privativa de libertad y las penas económicas, DEL MORAL GARCÍA (2023 b pág. 53).
[2560] "*sin que valga la simplista fórmula de que como la eximente no está tan probada como el hecho (es decir con certeza más allá de toda duda razonable) lo procedente es la condena*", Ibid. pág 65.
[2561] Ibid, pág. 64.
[2562] "*Es la tesis que más me atrae*", Ibid. pág. 63.
[2563] Ibid. pág 65.

- "*En principio, producido el delito, el Fiscal no ha de probar que existía un plan de cumplimiento. Si la entidad no lo alega podrá deducirse legítimamente la inexistencia del mismo*".
- "*La carga de alegar la existencia y de presentarlo corre de cuenta de la empresa, aunque no en virtud de un principio dogmático inatacable, sino por razones más prosaicas"*.
- *"Alegada la implementación de un programa de cumplimiento al que se le quiere atribuir eficacia exoneradora, acusación y defensa deberán articular las pruebas que consideren oportunas para acreditar que los protocolos se seguían o no, que el plan tenía o no una vigencia real, que está cubiertos todos los requisitos que exige el Código Penal para que bloquee la condena de la persona jurídica…*".
- *"Si en el momento de decidir el Juzgador mantiene dudas, habrá de inclinarse por la solución más favorable a la entidad acusadora. Rige el principio In dubio. Aunque no estrictamente la presunción de inocencia. En caso de duda sobre la concurrencia de algunos de los elementos -positivos o negativos- que se requieren para proclamar la responsabilidad penal de la persona jurídica no procede su condena*".

- DEL ROSAL BLASCO, para quien "*fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un hecho propio de la misma es no comprender los fundamentos de la misma*" [2564], concretando los hechos de conexión como presupuestos de la responsabilidad[2565] y la exención de la responsabilidad de la persona jurídica[2566].
- FGE, por ejemplo en su circular 1/2016, para quién los arts. 31 bis 1 a) y b) contienen los presupuestos que permiten transferir la responsabilidad, y los modelos de prevención a los que referiría el Código serían cuestiones relacionadas con la punibilidad y sus causas de exclusión: "*Ahora bien, partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión. La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater*"[2567].

[2564] DEL ROSAL BLASCO (2018) págs. 118 y ss.
[2565] Ibid. págs. 127 y ss.
[2566] Ibid, págs 159 y ss.
[2567] Circular 1/2016, FGE apartado 5.7. Naturaleza de la exención y carga de la prueba.

Las principales críticas a estos modelos es que infringen la responsabilidad por el hecho propio y, con ese punto de partida, el resto de garantías sustantivas y procesales del proceso penal.

3. Las posiciones de autorresponsabilidad consideran la responsabilidad de las organizaciones empresariales por sus propias actuaciones, y giran, de acuerdo con DIAZ RIPOLLÉS[2568] en torno a cuatro criterios de imputación[2569]:

3.1 *"El primero imputa a la persona jurídica el hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados, que se considera un hecho delictivo propio de la sociedad; en consecuencia, es en ella en quien ha de darse el injusto culpable del hecho, sin perjuicio de que la persona física ejecutora material deba responder por un injusto propio ligado a ese mismo hecho"* [2570].

Sería partidario de esta posición dogmática AGUILERA GORDILLO, quién, a través de lo que considera un modelo antrópico de responsabilidad corporativa en el marco del nuevo institucionalismo, considera que "*la persona jurídica puede ser sujeto receptor del reproche penal por la conducta delictiva del individuo de la organización si se evidencia que existieron influencias o constricciones que generaron una realidad criminógena que, precisamente, propició el delito*"[2571], dándose una "*culpabilidad peculiar y heterogénea que no debe seguir un esquema idéntico al de las personas físicas [...] y una punibilidad dirigida sobre el ente, que resulta merecedor de reproche pena en virtud de los propios objetivos político-criminales perseguidos*" [2572].

3.2 *"El segundo imputa al ente colectivo un defecto de organización concreto, el cual ha facilitado o no ha impedido que sus representantes o empleados hayan realizado un hecho delictivo singular; será ese defecto de organización concreto lo que constituya el hecho delictivo propio de la sociedad"* [2573].

- BACIGALUPO SAGUESSE, para quien "*la responsabilidad penal de las personas jurídicas no depende de la responsabilidad penal de persona física, sino de la existencia de un hecho de conexión atribuible a una persona física a través de los hechos de conexión"* pero "*la existencia de un déficit o defecto de organización debe ser el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas"*[2574]. "*La imputación de la responsabilidad penal a una persona jurídica requiere: la existencia de un delito cometido en el seno de la persona jurídica, es decir, la realización de un hecho típico por la omisión del deber de control exigible para garantizar una organización y desarrollo de una actividad empresarial conforme a derecho, y su culpabilidad*" [2575].

[2568] DIEZ RIPOLLES (2012).
[2569] Se utiliza como taxonomía aproximada, porque los autores presentan matices con respecto a las categorías.
[2570] Ibid.
[2571] AGUILERA GORDILLLO (2022) pág 301.
[2572] Ibid.
[2573] DIEZ RIPOLLES (2012).
[2574] BACIGALUPO SAGUESSE (2011).
[2575] BACIGALUPO SAGUESSE (2016), pág 40.

- CARBONELL MATEU[2576], quién supera el problema de acción con referencia a la acción significativa de VIVES ANTÓN[2577] y la culpabilidad como incumplimiento de las obligaciones del mandato de la norma.
- DE LA CUESTA ARIZMENDI para quién "*junto con la realización del hecho delictivo por las personas físicas de referencia, lo dogmáticamente razonable y coherente con la realidad de la criminalidad de la empresa es no tanto construir la culpabilidad cuanto el núcleo del injusto específico de la persona jurídica sobre la violación por esta de su posición de garantía, o lo que es lo mismo de su deber de autoorganización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por su cuenta y provecho, un deber de garantía del cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por el derecho* […]" [2578].
- FEIJOO SÁNCHEZ[2579], para quien el Código Penal no diseña un modelo de autorresponsabilidad que prescinda de la responsabilidad penal de las personas físicas, alcanzándose el delito corporativo por el defecto estructural de cumplimiento de la legalidad.
- LASCURAIN SANCHEZ, para quién "*En el ordenamiento español la responsabilidad penal de la persona jurídica no se regula como una consecuencia objetiva de la responsabilidad penal individual ni en alguna otra forma como heterorresponsabilidad. La persona jurídica responde por su defectuosa organización en la prevención del delito individual, algo que va a depender, al menos en última instancia, del órgano de administración de la persona jurídica*" […] "*La atribución de este deber penal a la persona jurídica hace que su quiebra, su injusto, sea un injusto de desorganización. Es un delito de descontrol cuya gravedad constatamos si efectivamente se produce un delito individual, que opera así como una condición objetiva de punibilidad. El delito de la persona jurídica es un delito de mera conducta; si se quiere, el delito de ser mal policía de los suyos*" [2580].
- QUINTERO OLIVARES, para quien "*La responsabilidad penal de la persona jurídica no es una responsabilidad autónoma, sino la consecuencia de una responsabilidad de sus personas físicas (órganos o representantes). Más allá de eso, las variables son muchas" y que reconoce la capacidad de actuación y culpabilidad de la persona jurídica, desde conceptos propios, pero habla de transferencia de responsabilidad por la actuación directa (personas que tienen el poder máximo) y por la actuación descontrolada (no ejercer los controles)*[2581].
- RODRIGUEZ RAMOS, para quien, utilizando las categorías de la teoría del delito tradicionales -y el texto del CP, en especial el art. 5 CP-, la persona jurídica ostentaría una posición de garante y un dominio del hecho y, desde la misma, participaría del delito cometido por la persona física en régimen de comisión por omisión imprudente, "*por culpa in constituendo vel in operando (defecto en la organización, incluyendo la implantación de un adecuado plan de prevención de los riesgos penales, o defecto en el funcionamiento), pudiendo subdividirse esta segunda modalidad como culpa in eligendo (error vencible en la*

[2576] CARBONELL MATEU (2011).
[2577] VIVES ANTÓN, JIMÉNEZ REDONDO (2011).
[2578] DE LA CUESTA ARIZMENDI, J.L (2013) pág 71.
[2579] FEIJOO SANCHEZ (2015).
[2580] LASCURAIN SÁNCHEZ (2022), Pág. 205.
[2581] QUINTERO OLIVARES (2015) pág. 519.

elección de la persona/s física autora material de delito), culpa in instruendo (error vencible en la omisión o inadecuada instrucción de ese individuo) vel culpa in vigilando (fallo previsible y evitable en el control de la actividad del delincuente)" [2582].

- SILVA SANCHEZ para quién "*superados los términos del debate tradicional entre las teorías de la ficción y de la realidad*[2583], *resulta difícil cuestionar que las personas jurídicas son sujetos sociales reales, distintos de las personas físicas que se integran en ellas"*[2584] *y podrían considerarse sujetos destinatarios de la norma si las mismas son concebidas como expectativa de conducta institucionalizada. Expresado de otro modo: las personas jurídicas pueden aparecer como centro de imputación de la defraudación de expectativas normativas. Pero no pueden ser destinatarias de directivas que presupongan la libertad de acción*" [2585]. Y con respecto a la culpabilidad, considera que no puede predicarse una culpabilidad en sentido clásico, que debería partir de algo así como un "*poder organizarse de otro modo. Pero en este punto la imagen antropológica es tan fuerte que resulta discutible la propiedad de aplicarla a personas jurídicas*[2586]" considerando que los modelos de culpabilidad que se proponen recuerdan más a la culpabilidad por la conducción de la vida o por el carácter que por el hecho.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, para quien "*el modelo de imputación directa o vicarial presume que en todos los casos en los que una persona con poder de dirección comete un delito se puede afirmar la responsabilidad subjetiva de una persona jurídica. Esto, sin embargo, no es cierto. Sin duda, el hecho de que una persona física con poder de dirección en una persona jurídica cometa un delito es un indicio de que algo no va bien en dicha persona jurídica. Pero no se puede excluir que se trate de un hecho aislado e imprevisible en el seno de la persona jurídica bien organizada*"[2587], quien se posicionaría en un modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad por defecto de organización no sólo como opción doctrinal, sino, en su opinión, como la única respetuosa con el principio de responsabilidad subjetiva, en el sentido de requerir la infracción de un deber de cuidado por parte de la empresa[2588].
- ZUGALDÍA ESPINAR, para quién, tan pronto se abandone un concepto ontológico de acción de la persona física, las personas jurídicas serían capaces de actuar y ser culpables, a través de unos conceptos de actuación y culpabilidad de la persona jurídica[2589], a través del modelo del hecho de conexión. Desde su capacidad de acción (por ser capaces de producir los efectos exigidos por las normas), su culpabilidad se integraría por la culpabilidad por defecto de organización integrando[2590]:
    - Tipicidad
        - Tipo objetivo, integrado por (i) personas físicas competentes (de acuerdo con el art. 31 bis CP), (ii) que realicen la vertiente

[2582] RODRIGUEZ RAMOS (2016).
[2583] Considerándolas centros de imputación.
[2584] SILVA SANCHEZ (2016) pág. 306.
[2585] Ibid., pág. 308.
[2586] Ibid. pág. 314
[2587] ORTIZ DE URBINA GIMENO (2013) pág. 279.
[2588] Ibid. pág. 281.
[2589] ZUGALDÍA ESPINAR (2010) págs. 575 y ss.
[2590] ZUGALDÍA ESPINAR (2021) págs. 408 a 414.

objetiva de un tipo del catálogo de la RPPJ, (iii) actuando en nombre de la persona jurídica y (iv) en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

- Tipo subjetivo: debe tener en cuenta el carácter doloso o imprudente del hecho de conexión realizado por la persona física, respondiendo la persona jurídica dolosa o imprudentemente según lo hizo quien realiza el hecho de conexión.

  - Antijuridicidad: situaciones de conflicto de interés que se resuelvan en favor de ésta.
  - Culpabilidad: integrada por que "*el hecho ilícito se haya podido realizar como consecuencia de haberse omitido -de forma contraria al deber- la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo" de la actividad de empresa (defecto de organización) - Tiedemann*" [2591].

- TIEDEMANN[2592], para quién "*las acciones de las personas físicas, actuando para la empresa, deben ser pues consideradas como de la empresa"[…]. "De esta manera, organizarse correctamente es un deber de la persona jurídica misma y no únicamente de las personas físicas […]. De ahí, el concepto de culpa propia de la persona jurídica. Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituida por la adición de las culpas personales (admitida p. ej. en el derecho de los Estados Unidos). Tampoco está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer en derecho penal tal culpabilidad (social) de la empresa sólo significa reconocer, de una parte, las consecuencias de su realidad social y, de otra parte, las obligaciones correspondientes a sus derechos. Como muy bien dicen los autores de habla inglesa, hasta llegar a una « corporate blameworthiness ». Introducir por vía legislativa tal concepto de culpabilidad colectiva o de agrupación, al lado de la culpabilidad individual tradicional, es imposible únicamente si se parte de la concepción ideológica que reserva la responsabilidad a los individuos. No negamos que es posible sostener este punto de vista individualista. Pero entonces seria de admitir obligadamente que, al menos en derecho penal, las personas morales y otras agrupaciones son puras ficciones. Afirmación difícilmente compatible, sobre todo, con el enorme poder de las empresas multinacionales […] En resumen, el contenido de las categorías fundamentales de derecho penal debe variar cuando se quiere reprimir penalmente a las agrupaciones delictuosas. Pero el paralelismo de contenido de estas categorías permite admitir la responsabilidad de la agrupación en el sistema penal al lado de la responsabilidad individual […] Una particular infracción de omisión de organización, de vigilancia y de control debería ser incorporada con el fin de comprender los casos en los que la culpa de personas de alto o medio rango hace posible la infracción cometida por un empleado de rango inferior. Esta recomendación parte de la idea base, reconocida en muchos de los ordenamientos jurídicos, que la organización correcta de la agrupación constituye un criterio clave para la vida y la responsabilidad de la misma".*

[2591] Ibid. pág. 411.
[2592] TIEDEMANN (1997).

En esta posición se ubica la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, desde su STS 221/2016, de 16 de marzo: "***Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídico tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica.*** *La sentencia citada lo proclama con singular claridad en los siguientes términos: «[...] Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero : "... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones". Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo****, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015*** *[...]». Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 la sanción penal de la persona jurídica, limitada al pago directo y solidario de la multa impuesta al administrador o representante, se imponía de modo objetivo ya que solo había que acreditar la relación jurídica del sancionado con la persona jurídica.* ***A partir de la ley citada y de forma aún más incuestionable, a partir de la Ley Orgánica 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica en el principio de auto responsabilidad y debe ser respetuosa con el principio de presunción de inocencia, lo que tiene innegables consecuencias en el régimen de prueba así como en las garantías procesales que deben ser observadas para llegar a un pronunciamiento de condena[2593]".***

[2593] STS 234/2019, de 8 de mayo.

Así, **como marco general axiológico,** el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe desarrollarse para la Sala Segunda sobre la vigencia de los principios irrenunciables que informan el derecho penal[2594]: *"**este ha de ser el punto de partida en el análisis de las cuestiones que afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, de modo que los derechos esenciales reconocidos al acusado en el marco del proceso penal, sea material o procesal su contenido, deben ser igualmente reconocidos a las personas jurídicas*"[2595].

Como proyección del principio irrenunciable de personalidad de las penas determina la Sala Segunda de forma estable en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas que:

- "***La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado** se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica"[2596].*
- "***Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad"*** [2597]**.**
- ***"En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un **sistema de autorresponsabilidad** (cfr. auto de aclaración[2598]), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad[2599]".***
- ***"El fundamento de la responsabilidad penal no es objetiva sino que ha de tener su soporte en la propia conducta de la persona jurídica[2600]".***
- ***"Cuando hablamos de delito corporativo para referirnos al de la persona jurídica, es porque ha de tratarse de un hecho propio de ella**; qué duda cabe, sin embargo, que cualquier hecho, como fenómeno del mundo exterior, generalmente es realizado por una persona física, que, en su caso, deberá responder por él; lo que sucede es que, en evitación de pasar por criterios de responsabilidad objetiva, esa responsabilidad de aquella no ha de operar por transferencia automática a la exigible a la persona jurídica, sino que **el camino elegido para ello ha sido que, para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, con independencia de que presupuesto para ello esté en la actuación de la persona física, sin embargo, en la medida que su imputación ha de asentarse en criterios de imputabilidad propios, tal imputación habrá de ponerse en relación con los fallos en que, por defecto de organización o funcionamiento, incurra en el ejercicio de su actividad sobre la gestión, el control, la supervisión o vigilancia para la prevención del delito de que se trate**, y todo ello sin prescindir de los criterios rectores del campo del derecho en*

[2594] SSTS 514/2015, de 2 de septiembre; 154/2016 (Pleno), de 29 de febrero; 123/2019 de 8 de marzo.
[2595] STS 123/2019 de 8 de marzo.
[2596] STS 668/2017, de 11 de octubre.
[2597] STS 221/2016, de 16 de marzo.
[2598] ATS de 28 de junio de 2016.
[2599] STS 516/2016, de 13 de junio.
[2600] STS 949/2022, de 13 de diciembre

*que nos estamos moviendo, que es el penal, informado por principios como el de culpabilidad subjetiva, **de manera que su responsabilidad habrá de serlo por la perpetración de su propio hecho corporativo y en función del reproche culpabilístico de dicho hecho, al margen y obviando criterios de responsabilidad objetiva, como supondría hacerla responsable por una simple transferencia acrítica del hecho cometido por la persona física; el cometido por esta, como hecho de conexión, podría ser presupuesto de la comisión del de aquélla, pero no serviría como fundamento, que ha de buscarse en uno propio"***[2601].

En concreción de ese principio de personalidad de las penas, la tipicidad del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por el hecho propio que define su culpabilidad, ha sido decantada por la Sala Segunda de la siguiente forma:

- *"Lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que **el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa**, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, **en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización**"*[2602].
- *"Sólo responde cuando se hayan "...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso". Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos" [...] "La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que **exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva.** De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad"*[2603].
- "***El fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización [...]*** *Es evidente que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en*

[2601] STS 894/2022, de 11 de noviembre.
[2602] STS 154/2016 (Pleno) de 29 de febrero.
[2603] STS 221/2016, de 16 de marzo.

el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. ***La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión****"*[2604].

- "*Esta Sala Casacional ya ha formado un cuerpo de doctrina desde la STS 514/2015, de 2 de septiembre, que anuncia el principio de culpabilidad en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, siguiendo por la STS 154/2016, de 29 de febrero, con Sala formada en Pleno, que analiza* ***los contornos de este tipo de responsabilidad, en donde ya se declara que no es posible un régimen de responsabilidad objetiva, y que su fundamento se residencia en la falta de control y de vigilancia.*** *La STS 221/2016, de 16 de marzo, que proclama el delito corporativo, pasando por las siguientes Sentencias: STS 516/2016, de 13 de junio, con su Auto de aclaración (28-6-2016); STS 827/2016, de 3 de noviembre; STS 121/2017, de 23 de febrero; STS 583/2017, de 19 de julio; STS 260/2017, de 6 de abril; STS 455/2017, de 21 de junio de 2017; y STS 668/2017, de 11 de octubre de 2017, entre otras*"[2605].
- *"La doctrina de esta Sala estima que la sanción penal de la persona jurídica* ***debe venir justificada por la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos en la empresa o, como dice la STS 221/2016, de 16 de marzo, el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en "aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de la empresa"***[2606].
- *"No cabe una objetivación de este rupturista régimen de responsabilidad criminal de los entes colectivos, construido de espaldas al principio de culpabilidad proclamado por el art. 5 del CP"*[2607]. *"Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos"*[2608].

Y en relación a la presunción de inocencia como garantía de la determinación de los hechos como presupuesto de la aplicación de la pena, la misma ha sido reconocida específicamente a las personas jurídicas por el TEDH en aplicación del art. 7.1 CEDH, por el TJUE, por el TC y por el órgano al que nos dirigimos, con el siguiente contenido:

- "***Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas.*** *Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero*" […] "*En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional.* ***Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de***

[2604] STS 123/2019, de 8 de marzo.
[2605] STS 165/2020 de 19 de mayo.
[2606] STS 949/2022, de 13 de diciembre.
[2607] SSTS 514/2015, de 2 de septiembre, 668/2017 de 11 de octubre.
[2608] STS 221/2016, de 16 de marzo.

su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. La Sala no puede identificarse *-insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica-* ***con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo****. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado […]La pregunta es obvia:* ***¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave? En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión".*** *[…] "Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad.* ***La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio****"*[2609].

- ***La responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede ser declarada cuando concurran los presupuestos típicos establecidos en la ley y cuando todos y cada uno de ellos sean objeto de debate y prueba y declarados probados en el juicio histórico(...). La simple condición de ejercer facultades de dirección o de gestión dentro de la empresa o de actuar bajo la autoridad de éstas no es suficiente para hacer responsable a la persona jurídica de los actos de tales personas. La ley penal exige un conjunto de elementos típicos adicionales sobre los que la sentencia nada dice. Por citar uno de estos elementos, para el caso de que el delito hubiere sido cometido por dependientes, es necesario que se declarara, en atención al resultado de la prueba, el incumplimiento grave de los deberes de supervisión en función de las concretas circunstancias del caso, y no consta que tal cuestión fuera objeto controversia y prueba durante el plenario y en los hechos probados ninguna referencia se hace de la misma. Por lo tanto, la***

[2609] STS 221/2016, de 16 de marzo.

ausencia de toda declaración sobre los distintos elementos típicos que conforman la responsabilidad de la persona jurídica hace inviable el pretendido pronunciamiento de condena."[2610]

3.3 Retornando a la clasificación de las posiciones dogmáticas de autorresponsabilidad, *"el tercero imputa a la sociedad una cultura corporativa defectuosa, la cual fomenta o no impide a lo largo del tiempo la realización por sus representantes o empleados de hechos delictivos como el concreto acaecido; esa cultura societaria defectuosa constituirá el hecho delictivo propio de la sociedad"* [2611].

Sería partidario de esta posición, de forma destacada, GÓMEZ-JARA DIAZ[2612] quien partiendo de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos[2613], ancla la posibilidad de culpabilidad de la empresa por su capacidad de (auto)organización que constituye un paralelo -un equivalente funcional- a la capacidad de acción de la persona física. Su culpabilidad se fundamentaría en el generar un defecto cultural de organización de cumplimiento de la legalidad. Esa posición inicial habría evolucionado acercándose hacia la segunda de las categorías expresadas, evolucionando el concepto de culpabilidad indicando que resulta más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en "*su disposición jurídica en el momento del hecho", expresiva, no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa "cultura de cumplimiento de legalidad que le es legal e individualmente exigible. En consecuencia, autores como FEIJOO SÁNCHEZ y DE LA CUESTA coinciden con el planteamiento aquí expuesto en el que el concepto clave a la hora de analizar la culpabilidad de la persona jurídica es la cultura empresarial; en lo que difieren sería en la formulación -sc. En lugar de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad son partidarios de una falta de cultura empresarial de cumplimiento de legalidad-. Así las cosas, entendemos que, en la actualidad, a la vista de las obligaciones de Compliance (cumplimiento de la legalidad) dirigidas a las empresas, la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad equivale a una cultura de incumplimiento de la legalidad*"[2614].

3.4 "El cuarto imputa a la persona jurídica una reacción defectuosa frente al hecho delictivo, ya realizado, por sus representantes o empleados, y es la ausencia de ese comportamiento post-delictivo adecuado lo que constituye el hecho delictivo propio de la sociedad" [2615].

Estas posiciones entienden que es mejor referir la culpabilidad de la empresa a su forma de reaccionar ante la comisión de un delito. "*La culpabilidad reactiva atendería pues al comportamiento post delictivo. No existe culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente y, en vez de ocultar los hechos coopera la autoridad*

[2610] STS 949/2022, de 13 de diciembre.
[2611] DIEZ RIPOLLES (2012).
[2612] GOMEZ-JARA DIAZ (2005).
[2613] Pero concretando posteriormente que no resulta necesario recurrir a la teoría de los sistemas autopoiéticos para compartir los postulados del concepto de culpabilidad constructivista que propone, GOMEZ-JARA DIAZ (2016) pág. 139.
[2614] Ibid. pág. 145.
[2615] DIEZ RIPOLLES (2012).

competente, pone en marcha una investigación interna con el fin de desvelar las causas que han provocado la actividad delictiva, repara voluntariamente a las víctimas e implementa las medidas de organización necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse"[2616].

En estas posiciones se encontraría ARTAZA, como una evolución a las estrategias y planteamientos sancionadores, un enfoque restaurativo que partiría de reparar el daño, en su caso, causado (reconociendo el papel que debiesen jugar los afectados) pero al que se uniría la necesaria adopción por la empresa de un sistema de gestión de sus riesgos, todo ello debidamente supervisado[2617].

Estos planteamientos toparían con la tipicidad actual que considera esas actuaciones como circunstancias atenuantes, modificadoras de una responsabilidad ya declarada teniendo en cuenta otra culpabilidad distinta a la propuesta.

4. Con fundamentos distintos a los anteriores (especialmente por no considerar aplicable el concepto de autopoiesis de la teoría de sistemas de LUHMANN -por no servir para aclarar cuestiones normativas y no tener valor empírico alguno- y por no considerar a la empresa capaz del hecho propio -apartándose de debates de autorresponsabilidad y heteroresponsabilidad-), CIGÜELA SOLA considera que la responsabilidad de las personas jurídicas quizás no debería ser objeto del ordenamiento penal, pero que si se integra en el mismo debe hacerse sin los conceptos del derecho penal individual, especialmente el de culpabilidad (si no quiere desnaturalizarse):

- Considerando que la empresa no puede considerarse un ser autónomo para el derecho penal porque no puede decir nada en contra de lo que acuerda su órgano de administración (es un ser hetero-administrado) y que, por lo mismo, no puede hablarse de culpabilidad por el hecho propio.
- Por carecer de soporte comunicativo con la norma, que impide el nexo de comunicación con la misma salvo de forma mediata (a través de sus miembros individuales).
- Por ser el Derecho penal, salvo que se convierta en un puro fenómeno de poder, una manifestación ético-moral y moverse las empresas en un plano no ético sino pragmático o económico (beneficio/perdida).

Propone por ello su teoría de la responsabilidad estructural de la empresa[2618] como un lugar sistemático y conceptual distinto al de la responsabilidad penal de la persona física, que parte de versar sobre un sujeto incapaz de culpabilidad y de considerar a la empresa como contexto de las actuaciones individuales:

- El hecho de que lo que se atribuye a la empresa sea una responsabilidad sin culpabilidad, convierte su sanción en algo distinto a una pena, pero

[2616] NIETO MARTÍN (2008).
[2617] ARTAZA (2022).
[2618] CIGÜELA SOLA (2014).

fundamentado en razones de justicia distributiva (perjuicio patrimonial para los socios) y en su naturaleza como subjetividad débil.

- El sistema de imputación de responsabilidad estaría compuesto de tres niveles:
    - Tipo objetivo: conexión objetiva entre el peligro generado por el defecto estructural y la acción delictiva.
    - Individualización de la responsabilidad: donde se ajusta la responsabilidad al grado de influencia que tuvo la estructura organizativa en la originación de la acción delictiva.
    - Injusto estructural: consistente en poner las condiciones, incentivar o favorecer la realización de injustos personales.

5. Los anteriores autores junto con muchos otros han tratado la responsabilidad penal de las personas jurídicas como objeto de sus investigaciones desde muy diversos planos (que condicionan los anteriores posicionamientos), alcanzando al menos a:

- Planteamientos epistemológicos (y su evolución) de las ciencias sociales.
- Fundamentos filosóficos (y su evolución), condicionados por los anteriores:
    - Del derecho y de las normas jurídicas.
    - De la naturaleza, la intencionalidad, la culpa, la responsabilidad y la capacidad de pena:
        - De las personas.
        - De los entes colectivos.
- Los derechos fundamentales de las personas físicas y jurídicas.
- La naturaleza de las sanciones imponibles a los entes colectivos.
- La Política criminal asociada a la imposición de penas (o medidas de seguridad, o decomisos) a los entes colectivos.
- El análisis comparado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- La historia y evolución de la responsabilidad de los entes colectivos en los ordenamientos jurídicos y, específicamente, de las organizaciones empresariales.
- El análisis económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Todos los anteriores planos, investigaciones, conclusiones y propuestas están irremediablemente interrelacionados entre sí, y esta investigación se ha nutrido de la actividad de muchos de sus autores para poder partir (y en su caso discurrir) a sus hombros, como se trató de hacer en el caso de las propuestas de la ciencia económica y empresarial. El camino que se desarrolla a continuación parte de un planteamiento concreto de la ciencia económica y empresarial que se considera útil para la tarea del derecho penal que nos ocupa, y busca, en exclusiva, alcanzar una propuesta respetuosa con las conclusiones y exigencias derivadas de la primera parte de la investigación, lo que condiciona todo su alcance. Como no podía ser de otra forma, esa propuesta de actuación conecta y se nutre de forma continua de los resultados de las anteriores investigaciones penales.

B. Presupuestos de la actuación penal de la organización empresarial propuesta

1. El objeto de esta investigación es plantear una posibilidad de consenso sobre la **actuación de la organización empresarial:**

- **Que esté compuesta, exclusivamente, de realidades valorables que puedan ser objeto de prueba**;
- **Que sirva para canalizar, a través de la norma y del proceso penal, la reacción al injusto.**
- **Que, como esencia de una reacción justa, permita garantizar los derechos fundamentales de las organizaciones empresariales vinculadas a los procesos penales vistos en la primera parte de la investigación,** en especial la posibilidad de comprender su hecho propio, de prever la imposición de penas, de superar la responsabilidad objetiva y que la declaración de responsabilidad como reacción al injusto del hecho propio se desarrolle mediante un proceso penal justo.

Y desde esa propuesta de actuación de la organización empresarial, explorar el resto de los componentes de una teoría de la actuación penal de la organización empresarial que se estructure sobre la siguiente propuesta de contenido respetuoso con las conclusiones de la primera parte de la investigación[2619]:

- **Actuación:** realidad a valorar como propia y única de una organización empresarial distinta a la de otros sujetos objeto de responsabilidad penal (hecho propio), relevante para la norma penal y que pueda ser objeto de prueba.
- **Típica:** valoración de la no correspondencia de la actuación probada con la actuación debida y recogida, *ex ante*, por las normas penales que fijen la responsabilidad penal de la organización empresarial.
- **Antijuridica:** valoración de la actuación típica como contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto.
- **Culpable**[2620]: valoración, en las circunstancias concretas y con respecto a la actuación debida recogida por las normas penales:
    - De su capacidad para haber previsto y evitado la puesta en peligro o lesión del bien jurídico[2621].

[2619] Sobre la unánime de necesidad de redefinir estos conceptos, por todos, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN (2019) pag. 608.

[2620] La parte subjetiva de la responsabilidad empresarial sería la medida de la gravedad del defecto de control o estructural, siempre que las medidas control debidas hubieran podido evitar la puesta en peligro o lesión delictiva del bien jurídico generador del beneficio empresarial. En relación a la primera parte de esta investigación, supondría la superación de la responsabilidad objetiva. Ver al respecto en la tercera parte de la investigación, III. Derechos y libertades fundamentales procesales relacionados con la responsabilidad penal de la persona jurídica / A. Derecho fundamental a la legalidad sustantiva de los delitos y de las penas, irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables /4. Culpabilidad.

[2621] En este sentido, y por ser de gran utilidad por la semejanza entre el art. 31 bis CP y el art. 6 del decreto legislativo 231 italiano, se acercaría a la concepción de la Corte de Casación Italiana en su Sentencia del caso Impregilo, de 11.11.2021: "*la sentencia utiliza la fórmula del*

- De la intensidad de la diferencia con la actuación de la organización empresarial probada[2622].

"comportamiento alternativo lícito" que constituye uno de los ejes de la decisión. Conforme al mismo, la Corte exige que el juez debe determinar: (1) si existe un "modelo virtuoso", que el ente debiera haber implantado en el lugar del que tiene y si (2) si esa medida de cuidado hubiera servido para evitar el resultado o reducir el peligro que se deriva de su actividad. [Para valorar el deber de cuidado] *el juzgador debe situarse en el momento en que se cometió la infracción y verificar su previsibilidad y evitabilidad pero sobre todo, y esta afirmación es de gran importancia, la valoración de la eficacia del programa debe limitarse, dice la Corte, a aquellas en que en concreto resultan relevantes para evitar delitos como el acaecido"* NIETO MARTIN (2023 a) pág. 927. Esta tesis lo que plantea no es la existencia de un modelo virtuoso como término de comparación (como propone, de acuerdo con NIETO MARTIN, la Corte de Casación), sino la necesaria existencia de unos requerimientos concretos de control exigibles a las empresas que figuren en la norma que defina su tipicidad (aquellos requerimientos cuya correcta puesta en funcionamiento garanticen para el legislador -aquí está el riesgo permitido- un contexto de cumplimiento), siendo el término de comparación la existencia e implementación de esos requerimientos (esto es, la comprobación -prueba- de la existencia y del contenido material de los mismos frente al contenido fijado como de referencia por la norma penal). Alcanzada la tipicidad (que, como se verá, incluye el beneficio empresarial derivado del delito **-es raro ganar dinero sin querer y sin saberlo-**), la conexión con la conducta delictiva podrá hacerse valorando un requisito en concreto (si posee una importancia radical como el caso de la valoración de riesgos que NIETO MARTIN denomina "*el cerebro del programa de cumplimiento normativo*", Ibid., por ejemplo por su inexistencia real o material, acercándose al modelo de relación de causalidad/imputación objetiva de la Corte de Casación Italiana) **o a través de la valoración de la interacción entre ellos, comparando el contexto debido con el contexto probado o, si se prefiere, comparando resultados de contexto (de cultura) debidos (resultantes de los requerimientos) frente a los probados**. Si el contexto debido generado por los requerimientos del Código Penal no hubiera podido prever o evitar la conducta delictiva, no existiría culpabilidad.

[2622] Más propuestas de anclaje del componente subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas basada en esa gradualidad y distinta intensidad del incumplimiento también en NIETO MARTIN (2023 b) que **(A)** apuntala la necesaria valoración global del programa y "*términos como "incumplido gravemente . . . los deberes de supervisión, vigilancia y control atendiendo las circunstancias del caso", "adecuado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido" o "reducir de forma significativa el riesgo de comisión"*, ***nos remite a un modelo de valoración global del programa de cumplimiento,*** *que nada tiene que ver con la metodología del check-list . La existencia de una circunstancia atenuante, peculiaridad del art. 31 bis del CP español frente a otros ordenamientos que siguen el "modelo 231", lo que pone precisamente de manifiesto es que* ***el defecto de organización representa una magnitud graduable, lo que conecta con el carácter graduable del injusto y la culpabilidad individuales que representan las causas de justificación o exclusión de la culpabilidad incompletas****"* NIETO MARTIN (2023 b, pág 15). En referencia a la imputación objetiva, la sentencia italiana y el defecto de control (la infracción del deber de cuidado en el delito imprudente), "*este último, si se quiere utilizar el símil, es una fotografía que se toma en el momento del hecho, mientras que* ***el defecto de organización es una película, donde debe atenderse a un espacio de tiempo más amplio y a una red más compleja de actividades de prevención***" (Ibid. pág 23); **y (B)** propone un "*modelo de argumentación judicial, que indica qué aspectos deben comprobarse y da orientaciones acerca del peso que cada uno de estos elementos debe tener en la resolución final"* (Ibid. pág. 27) que parte de (i) ***"la previsibilidad subjetiva del ilícito a partir del análisis de riesgos****"* […] "*lo importante es que la empresa haya evaluado con una metodología correcta sus riesgos*" (Ibid. pag 27) a lo que añade (ii) "*la eficacia de los controles"* (Ibid. pag. 30)*: a. Ambiente de control o infraestructura ética; b. El funcionamiento de los controles; c. la ponderación global de la eficacia; y (iii)* "*Exigibilidad"* (Ibid. pág 36): "*La idea de exigibilidad es útil sobre todo para tener en cuenta el factor tiempo"* refiriendo situaciones en las que no hubiera dado tiempo a los directivos a la implementación, o supuestos de fusiones o adquisiciones, o aparición de nuevos riesgos legislativos de corta "*vacatio legis"*; en BENDEZÚ BARNUEVO (2020) diferenciando entre estructura (primer nivel, pág. 281), políticas (segundo nivel, pág. 286) y cultura (tercer nivel); y otra propuesta de tres filtros para la valoración de

2. La actuación penal de la organización empresarial debe ser algo distinto de la acción penal de la persona física, para respetar la responsabilidad por el hecho propio integrada en el principio de personalidad de las penas.

Esas actuaciones deben ser distintas por tanto de las acciones penales de la persona física **propietaria** de la organización empresarial, de la persona física **administradora** de la organización empresarial, de la persona física **directiva** de la organización empresarial, de la persona física **empleada** de la organización empresarial y de la **persona u organización contratada** por la organización empresarial y que desarrolle actuaciones penales.

3. Las organizaciones empresariales pueden considerarse el contexto en el que se producen e integran, en un momento determinado, las acciones de personas físicas (delictivas y no delictivas)[2623]. Ese contexto puede ser concretado en cada momento por la combinación (única) del estado de tres realidades:

- La actividad de transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La actividad corporativa interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La composición de la propiedad y la actividad de control (directo o indirecto) desplegada por los propietarios.

La actividad de externa o transaccional incluye toda aquella desarrollada por terceros (personas físicas integradas o no en otras organizaciones) vinculados contractualmente con la organización empresarial.

La actividad interna o corporativa incluye toda aquella desarrollada por personas con capacidad de representación legal de la organización, por los miembros de sus órganos de gobierno y dirección así como las contratadas o sometidas a las directrices de las anteriores (empleados o terceros).

---

incumplimientos, más enfocada a la prueba y con referencia a los modelos de compliance, es la de MONTIEL, J.P., BOETLER C (2021) señalando criterios generales (primer filtro), criterios específicos (segundo filtro) y *behavioral compliance* (tercer filtro).

[2623] Desde una concepción de la norma que regula la responsabilidad penal de la empresa como derecho reflexivo (no se pretende motivar al sujeto, al faltar el nexo de comunicación con la norma) CIGÜELA SOLA alcanza también esa concepción de las organizaciones empresariales como contexto: "*Por el contrario, los deberes jurídicos dirigidos a la empresa, así como su posterior responsabilidad, son intervenciones que se producen sobre un contexto estructural, un estado de cosas como es la organización –que puede llegar a tener una identidad narrativa débil, según se explicó–, con el objetivo de que otros, las personas físicas que la integran –desconociéndose cuáles en concreto– intervengan sobre dicho contexto para adecuarlo a lo exigido por aquel deber jurídico. En tanto el objeto de sanción (la empresa) no coincide con el sujeto al que se pretende motivar (los individuos responsables, ex ante anónimos), la responsabilidad estructural constituye un tipo de "disuasión mediata"*, CIGÜELA SOLA (2014) pág 306. En esta tesis se plantea si dicho nexo de comunicación con la norma penal sí que existiría con los propietarios de la organización empresarial, de cuyo control directo e indirecto dependería ese contexto. O si se prefiere, en los términos del propio CIGÜELA SOLA, que existiría un derecho directivo o motivador de los propietarios de las personas jurídicas.

4. Si se acepta que las organizaciones empresariales se integran por el estado de las anteriores tres realidades, **podrán considerarse como actuaciones propias de las organizaciones empresariales el estado de esas tres realidades en el que se producen e integran -contexto- las acciones penales propias de las personas físicas.**

Se elige el término de actuaciones penales para las personas jurídicas y se reserva el de acción penal para la persona física porque:

- A la actuación penal como categoría dogmática no debe exigírsele un anclaje ontológico o un contenido prejurídico concreto de única enunciación, sino que el mismo puede acumular el contenido jurídico útil para su función[2624] y, por tanto, también el término puede tener flexibilidad semántica.
- Al hablar de tres realidades dinámicas y combinadas, siempre se estará lejos de la consideración de una única acción de la organización empresarial, sino de una combinación de ellas que definan una actuación (de forma análoga a como operan los conceptos globales de la tipicidad de las personas físicas).
- Permite diferenciar de forma sencilla los planteamientos de la persona física (acciones) de los de la persona jurídica (actuaciones).

5. Si se acepta que las organizaciones empresariales son el contexto en el que se producen las acciones penales de las personas físicas, las actuaciones que se pretendan considerar como propias de las organizaciones empresariales deberán ser las desarrolladas **hasta que se produzca la concreta acción penal de la persona física (que se desarrolla y se integra en el contexto de la organización).**

Decisiones empresariales que reparen las lesiones a bienes jurídicos, o que faciliten la investigación, o que generen un nuevo contexto incompatible con una nueva puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, pueden ser consideradas por el legislador para modular la responsabilidad por la actuación desplegada con anterioridad a las actuaciones penales de las personas físicas.

6. Se considera que **el injusto lo constituiría el que los propietarios obtengan (o puedan obtener) beneficios derivados de la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos a través de la actuación organizacional**, bien bajo su control directo de la actividad o bien por no haberse implementado los mecanismos de control de

[2624] Acudir, por su referencia a las personas jurídicas y la necesidad de identificar un concepto de acción de las personas jurídicas no ontológico y prejurídico (que él explora a través de Wittgenstein, Habermas y Vives Antón alcanzando la concepción significativa de acción, que no se sigue en esta investigación), a BUSATO (2019) págs. 90 y ss.

esa actividad organizacional que les exija, ex ante, el ordenamiento jurídico[2625] [2626].

7. Sólo existiría el injusto de la organización empresarial si esos propietarios no pudieran identificarse y vincularse con la actividad delictiva, esto es, **si esos propietarios personas físicas no fueran responsables penales de la puesta en peligro o lesión delictiva de esos bienes jurídicos, ya que si no ellos concentrarían el injusto:**

- **Cuando el propietario es un emprendedor** y no hay organización alguna, la generación de beneficios al emprendedor a través de la actividad delictiva**, el**

[2625] Con una expresión parecida, pero promoviendo una responsabilidad objetiva distinta a la de esta investigación, ROBLES PLANAS apunta en su propuesta de interpretación alternativa del art. 31 bis CP que "*puede, entonces, entenderse que los titulares de la empresa, por la mera puesta en marcha de la organización administrada por otro u otros, tienen que afrontar las consecuencias que les afecten de la actuación de éstos. Más allá de las obligaciones civiles de reparación, **en el caso de la comisión de un delito cometido en su provecho, aparece como consecuencia relevante el comiso de las ganancias obtenidas y los costes de prevención de tales enriquecimientos injustos. Los titulares de la persona jurídica son, en esa medida, quienes tienen que soportar la eliminación y prevención de esos estados injustos.** Tal obligación no implica un reproche por el hecho delictivo precedente, sino simplemente la legitimación del Estado para actuar sobre la empresa que se enriquece injustamente. Al no existir reproche por el delito cometido, **a los titulares de la persona jurídica únicamente puede exigírseles que mantengan un status quo caracterizado por la obtención lícita de ganancias. Y eso es lo que pretende la multa prevista en el nuevo sistema regulado en el Código Penal español: incentivar para que en el ámbito de la persona jurídica no se introduzcan ganancias provenientes de hechos delictivos y, en esa medida, combatir la perpetuación del estado de injusto producido por la comisión del hecho.** Dos son las vías previstas por el art. 31 bis CP (LA LEY 3996/1995): por un lado, la introducción de beneficios provenientes de la actividad de administradores; y, por el otro, la introducción de beneficios provenientes de la actividad de subordinados, con infracción de los deberes de control por parte de administradores. En el primer caso, los titulares de la persona jurídica para evitar la multa deben evitar la incorporación a la misma de aquellos beneficios delictivos que introduzcan las personas con capacidad de dirección. Ello lo lograrán llevando un adecuado control sobre su actividad. En el segundo caso, sucede exactamente lo mismo, solo que aquí es también siempre necesaria una incorrecta actuación de los administradores al infringir los deberes de control sobre los subordinados. De este modo, el art. 31 bis CP (LA LEY 3996/1995) obedece a la estructura de responsabilidad objetiva por el riesgo que fue descrita anteriormente, cuyo fundamento se halla en que los titulares han de soportar los costes de prevención de enriquecimientos injustos con base en el mantenimiento de la masa patrimonial administrada bajo la lógica de la obtención de beneficios. En correspondencia, aún sin constituirse en un auténtico deber, a los titulares les incumbe esa prevención, de modo que si efectivamente se despliega, operará evitando que el patrimonio de la persona jurídica se integre con beneficios ilícitos*", ROBLES PLANAS (2011) apartado III.3.

[2626] Desde una perspectiva económica, siguiendo las posiciones de GRUNER, FISSE Y BRAITHWAITE, "*la necesidad de sanción criminal a la empresa radicaría en que en su ausencia las empresas podrían tener incentivos perversos para promover o tolerar las prácticas ilícitas dentro de la organización por parte de sus integrantes. Y que, además, a la falta de ésta se generaría un desincentivo para todas aquellas empresas que invirtieran recursos en prevenir la comisión de delitos por sus integrantes, ya que tal gasto asociado a este esfuerzo no se vería compensado en forma de un potencial aumento de sus beneficios. **Por otra parte, el no sancionar a la empresa, como semana Fisse y Braithwaite, generaría que las ganancias que la empresa infractora estuviera en disposición de repartir entre sus interesados (accionistas, inversionistas, trabajadores, etc) no reflejaría el costo social producido por el daño producido por la conducta delictiva**. Lo que contravendría la noción de justicia entendida como equidad (fairness) que exige que que como mínimo este coste social sea interiorizado o captado por la empresa*", ARTAZA VARELA (2013) pág 69.

injusto, posee un único y claro responsable: ese emprendedor (aún ni propietario).

- **Ese injusto -promoción o permisión de la obtención de beneficios mediante actividades que sean o puedan ser delictivas- permanece cuando la actividad crece y se mercantiliza**, se constituye una sociedad, y las transacciones externas, la vida corporativa y el número y heterogeneidad de los accionistas crecen.

  Pero en paralelo a ese crecimiento, la posibilidad de alcanzar el hecho propio de los propietarios con las garantías vistas en la primera parte de la investigación va disminuyendo en inversa proporción:
  - Porque la actividad externa o interna es tan intensa que no se pueda vincular con el propietario persona física; o
  - Porque la composición accionarial esté tan atomizada (o sea cuasi anónima) que tampoco se pueda alcanzar una responsabilidad penal (por no existir hecho propio de todos los propietarios).

  Así, el injusto permanecería y se intensificaría (obtención de beneficio de los propietarios por actividades delictivas) conforme la posibilidad de identificar un hecho propio del propietario se iría diluyendo y desapareciendo.
- **En paralelo a esa disolución del posible hecho propio del propietario**, la figura de la organización empresarial **va adquiriendo, en directa proporción, más protagonismo para el ordenamiento jurídico, que le impone cada vez más requerimientos de control de su actividad externa e interna**, de forma que se evite (como mínimo y entre otras cosas) la promoción o permisión de la obtención de beneficios derivados de la actividad externa o interna que pueda ser delictiva (o, antes, resultado de otros incumplimientos normativos).
- Así, **ya no es al propietario sino a la organización empresarial a la que se le responsabiliza de que no exista injusto**, debiendo desarrollar los mecanismos (desarrolle la actuación, genere una realidad que condicione conductas, de lugar a un contexto -lo que se prefiera[2627]-) de control interno que fije ex ante el ordenamiento jurídico como posibles (y razonables) para evitar la obtención de beneficios mediante actividades delictivas, **existiendo injusto y apareciendo el hecho propio al que anclarlo: el injusto de la organización empresarial en caso de que esas medidas de control interno que sustituyen al control directo del propietario no estén presentes en ese contexto en el que se da la acción delictiva de la persona física.**

El delito no puede compensar materialmente, y sin esa **transformación del hecho propio -e injusto- de la persona física en el hecho propio -e injusto- de la persona jurídica**[2628], la generación de organizaciones empresariales o el aprovechamiento de las ya generadas como contexto de la actividad, se convertiría en un criterio económico más (menos sanción con mismo riesgo e igual coste = más beneficio potencial) y en una amenaza para la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos:

[2627] Eso sí, para poder maximizar las garantías del proceso penal necesitamos definir una actuación, como se ha concluido.

[2628] Con los mismos mimbres conceptuales (ficción pero también derecho -realidad consensuada-, hecho institucional, institución) por los que se crea jurídicamente y se reconoce la existencia de la persona jurídica y se acota y limita la responsabilidad de la física.

- Sería económicamente más rentable (compensaría, incentivaría) constituirlas en caso de que se quiera llevar a cabo una actividad de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos que acumule el riesgo de ser valorada como delictiva[2629] o que fuera indudablemente delictiva, separándola de las personas físicas que pudieran considerarse promotores y/o beneficiarios.
- Sería económicamente más rentable (compensaría, incentivaría) utilizar una organización empresarial ya generada y de importante actividad o atomizado accionariado, que garantice ese "*anonimato de hecho propio*" para llevar a cabo una actividad de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos que acumule el riesgo de ser valorada como delictiva o indudablemente delictiva, separándola de las personas físicas que pudieran considerarse promotores y/o beneficiarios.

Si se acepta lo hasta ahora señalado, el objeto de valoración para el ordenamiento penal serían las actuaciones de las organizaciones empresariales generadoras del contexto en el que se producen las acciones penales de personas físicas (conocidas o desconocidas) que pudieran generarle beneficios (aún potenciales) a sus propietarios.

7. La ciencia empresarial y el legislador mercantil coinciden en considerar posible que desde las organizaciones empresariales se impulsen y fomenten decisiones y actuaciones de control interno que concretadas a través del mix de relaciones internas y de transacciones externas que sea más eficiente:

- Den lugar, con el paso del tiempo, a la generación de unos resultados deseados (considerados ex ante objetivos) entre los que se encuentran los beneficios a repartir entre los propietarios.
- Eviten, de forma razonable, que acontezcan en ese tiempo determinados resultados indeseados (que son incompatibles con los deseados y que se denominarían, *ex ante*, riesgos).

Para alcanzar esos acontecimientos futuros deseados y a evitar los indeseados, los propietarios de las organizaciones empresariales disponen como medios para hacerlos realidad la actividad de contratación externa y la actividad corporativa interna (en la combinación de ambos que lo haga económicamente más eficiente), en la forma que determine el control interno.

8. El máximo consenso sobre la forma más eficiente de control interno de la anterior actividad (externa e interna) lo constituye el marco COSO control interno, desarrollado sobre sus cinco componentes:

- Entorno de control.
- Evaluación de riesgos.
- Actividades de control.
- Información y comunicación.

[2629] Esto sucede en la comunidad empresarial, por ejemplo, desde las distintas tipicidades de los ordenamientos jurídicos y midiendo las garantías de la taxatividad.

- Supervisión.

Ese estándar técnico de consenso podría ser incorporado como **referente en una norma distinta a la penal que los positivizara, cristalizando ese consenso de forma normativa y a la que pudiera referirse la norma penal para integrar la tipicidad y el resto del ordenamiento para fijar la expectativa de conducta de la actuación de la organización empresarial, esto es, de generación de contexto.**

C. La actuación típica y culpable de la organización empresarial

1. La actuación de la organización empresarial es la combinación, para el momento considerado, del estado de tres realidades:

- **La actividad de transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.**
- **La actividad corporativa interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.**
- **La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control consolidada por los mismos.**

No podremos considerar que exista actividad de la organización empresarial sino acciones de personas que operan al margen de la organización empresarial:

- Si la actividad externa o interna no hubiera podido generar, aun potencialmente y considerado ex ante, un beneficio a los propietarios[2630]. Estaríamos, por ejemplo:
  - Ante supuestos de fraude interno.
  - Ante actividades de la vida privada de personas físicas que participan en transacciones externas o en la actividad corporativa.
- Si se trata de actividades de personas físicas no vinculadas a transacciones externas o a la actividad corporativa y que de generar beneficios a los propietarios lo serían a título lucrativo (precediendo en su caso la valoración del art. 122 CP).

No podremos considerar que exista actividad de la organización empresarial sino acciones los propietarios cuando estos sean conocidos y sean quienes lleven a cabo directamente y con su propia actividad el control de la actividad externa e interna:

- Si no todos los propietarios son conocidos, existirá actividad de la organización empresarial.

[2630] Ver a continuación apartado F. Posicionamiento dogmático ¿Autorresponsabilidad o hetero responsabilidad? y en la parte Tercera de la investigación, apartado III. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES PROCESALES RELACIONADOS CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. /A. Derecho fundamental a la legalidad sustantiva de los delitos y de las penas, irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables/3.Responsabilidad por el hecho propio.

- Si todos son conocidos pero no todos participan de la actividad de control, se considera que existe actividad de la organización empresarial.

2. La actuación de la organización empresarial será típica si reúne cuatro condiciones:

- **Si existe una acción delictiva de una persona física que sea una actividad de transacción externa o una actividad corporativa interna de la organización empresarial, y le pudiera haber generado o le haya generado un beneficio a los propietarios de la organización empresarial.**

La obtención del beneficio se considera un componente de la actuación de la organización asociado a la actividad de transacción externa o interna (si no hay beneficio no hay actuación, por lo que no sería necesario valorar si la misma podría ser típica). Pero también debe integrarse en la tipicidad:

- Al formar parte del injusto.
- Al ser la tipicidad donde se alcanza la relación con la puesta en peligro o lesión del bien jurídico.
- Al ser la tipicidad donde se materializa, en su vertiente objetiva, la previsibilidad de la norma penal cristalizando así el que se propone como hecho de conexión[2631].

La actividad organizacional carecerá de relevancia penal y no será típica:

- Si la actividad de transacción externa o la actividad interna consolidada no ha dado lugar a la puesta en peligro o lesión de algún bien jurídico, en la forma prevista por el Código Penal (no es delictiva).
- Si la actividad de transacción externa o la actividad interna consolidada no hubiera podido generar, aun potencialmente, un beneficio a los propietarios[2632].

- **Cuando no todos los propietarios de la organización puedan ser considerados responsables penales de las conductas delictivas que se estén considerando.**

Si todos los propietarios de la organización son considerados responsables penales de las conductas delictivas, debe ser la conducta de estos (que incluirá el fomento de la actividad delictiva -y, por lo mismo, la inexistencia de adopción de medidas de control de la actividad externa e interna- y la obtención de beneficios) la que acumule el reproche penal, so pena de vulnerar la personalidad de las penas (responsabilidad por el hecho propio) y la prohibición de valoración del mismo hecho para sancionar dos veces.

Si son los propietarios los que protagonizan la actuación delictiva y son responsables penales:

[2631] Idem.
[2632] Idem.

- La actividad externa o interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios es valorada para generar la responsabilidad penal de la persona física propietaria (como autor o partícipe).
- La composición de la propiedad es valorada para generar la responsabilidad penal de la persona física propietaria.
- La actividad de control interno consolidada (incompatible con la actuación delictiva del propietario), es valorada para generar la responsabilidad penal de la persona física propietaria (es su hecho propio).

Si estamos en el anterior supuesto, de nuevo estaríamos en realidad ante un supuesto de inexistencia de actuación de la organización empresarial:

- No existiría actuación de la organización empresarial, sino del propietario.
- No existiría responsabilidad por no existir el hecho propio de la organización empresarial.
- La conducta del propietario es tenida en cuenta una única vez para la imposición de una única pena.

Por el contrario, si no todos los propietarios pueden ser considerados responsables penales, debe poder considerarse la responsabilidad penal de la organización empresarial, al acumular esos propietarios una parte del injusto no resuelta con la responsabilidad penal de la persona física.

- **Si es un delito que pueda generar responsabilidad penal de la persona jurídica.**

Si el delito cometido no prevé una pena para la persona jurídica, el principio de legalidad impedirá la imposición de pena alguna a la persona jurídica al no existir esta en la ley (y su imposición ser completamente imprevisible).

Pero no se ven obstáculos al decomiso de los beneficios que hubiera podido obtener como tercero por esas actividades delictivas[2633] (sin sanción) ni para su posición de responsable civil por los daños que la conducta delictiva hubiera podido generar[2634].

- **Cuando la actividad de control interno consolidada en el momento de la actuación delictiva, no haya integrado los requerimientos exigidos por el Código Penal.**

Si la actividad de control interno consolidada ha integrado los requerimientos previstos en el Código Penal, no cabría reproche (previsible -en los términos exigidos por el principio de legalidad/tipicidad penal-) alguno a la actuación empresarial.

[2633] Arts. 127 quater y 122 CP.
[2634] Art. 120 CP.

3. La actuación típica de la organización empresarial es siempre antijurídica.

No prevé el ordenamiento jurídico situaciones en las que deba excluirse, por razones objetivas, la imposición de penas a la actuación típica de la organización empresarial, por lo que la actuación de la organización empresarial típica será siempre antijurídica.

Por ello se considera que toda actuación típica de la persona jurídica es también antijurídica y, por lo mismo, esta categoría propia de las teorías del delito de la persona física es descartable.

4. **La actuación empresarial típica será culpable en función de dos variables:**

- **Si la acción delictiva de la persona física fuera previsible y evitable de haberse desarrollado los requerimientos de control interno previstos exigidos por en el Código Penal.**

Si las medidas de control interno exigidas por el Código penal no hubieran permitido prever la acción de la persona física o si preverla pero no evitarla, aun existiendo un no desarrollo de las mismas por la organización empresarial (actuación típica) no se le podría considerar culpable al no existir actuación que evitara la puesta en peligro o lesión del bien jurídico de acuerdo con el riesgo permitido, por lo que concurriendo la tipicidad, no concurriría culpabilidad.

- **La intensidad de la diferencia entre el estado de las medidas de control interno existentes en el momento en el que se produce la acción de la persona física, y el estado que exigiera el Código Penal**.

Esa medición de la diferencia deóntica entre el ser y deber ser permitiría disponer de una valoración:

- Para la aplicación de las previsiones de gravedad contenidas en el Código Penal:
    - En el art. 31 bis.1. b) CP ("*por haberse incumplido gravemente los deberes*").
    - En el art. 31 ter.1 CP (desproporción "*en relación a la gravedad de aquéllos*")
    - En el art. 66 bis, 2ª párrafo 5 CP ("*no grave*").
- Para la determinación, en general, la pena concreta que corresponda desde el marco penal aplicable, a través de la valoración de circunstancias personales (únicas) de la organización empresarial (hecho propio) y a la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1.6ª CP).

D. El control interno: elemento de la actuación, de la tipicidad y (por diferencia entre ambos) de la culpabilidad de potencial contenido infinito ¿alguna solución frente a la arbitrariedad?

1. Las actuaciones de control interno con las que se materialice la solución a los costes de la propiedad pueden poseer un contenido infinito. Por lo mismo, siempre se podría decir a una organización empresarial, ex post, que la actividad derivada de la transacción o la conducta interna era previsible, y que de haberse adoptado una concreta medida se hubiera evitado el resultado[2635].

Lo anterior, sin necesidad de mayor explicación, nos ubica en la completa arbitrariedad (imposición de penas sin legalidad y taxatividad, sin responsabilidad por el hecho propio y sin culpabilidad).

2. La norma penal debe concretar aquellos requerimientos de control interno exigibles y que:

- Integren la tipicidad y sean contrastados con esta parte de la actuación de la organización empresarial.
- Integren la valoración de la culpabilidad y sean contrastados con la capacidad de evitar la conducta delictiva con capacidad de generar beneficios a los propietarios previsible[2636] y de nuevo, con la concreta actuación de la organización empresarial.

Y lo que se propone es que la misma lo haga con apoyo y referencia:

- A los elementos de las metodologías de mayor consenso, que ya se han indicado cuáles son.
- A los propios requerimientos especiales de control fijados por la normativa mercantil y pública para determinadas organizaciones empresariales.

3. El uso por el legislador penal de los elementos de las metodologías de mayor consenso genera[2637], automáticamente:

[2635] "*Todo plan de compliance es manifiestamente mejorable, hasta la ruina absoluta de la empresa*", LIÑAN LAFUENTE (2016).

[2636] Ver al respecto NIETO MARTÍN (2023).

[2637] "*Que un programa de cumplimiento presente este contenido mínimo tiene que ver en gran parte con las prácticas asentadas en relación al control interno de la empresa y a la gestión de los riesgos propios de la misma, específicamente aquellos vinculados a lo que se conoce como "compliance". Así, por ejemplo,* ***un contenido similar se puede observar en la metodología utilizada por un organismo especializado en control interno como es el Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)****, que al momento de definir los aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de administrar los peligros de infracción al ordenamiento jurídico distinguen tanto una preocupación por el ambiente organizacional como por los aspectos netamente procedimentales*."ARTAZA VARELA (2013) en relación al contenido del Decreto Legislativo italiano 231/2001, en Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento.

- Que toda la experiencia y conocimiento de la actividad empresarial y profesional global del control interno desplegada durante más de 30 años a nivel internacional se integre, como garantía, en la tipicidad.
- Que todas las empresas auditadas, que utilizan esas categorías y elementos para relacionarse con sus auditores en relación al Control Interno, entendieran qué les pide el legislador penal, más allá del extendido eslogan del programa de Compliance.
- Que Jueces y organizaciones empresariales utilizaran, en los términos de SEARLE, la misma norma institucional para referirse al mismo hecho institucional[2638], permitiendo:
    - La formación de los Jueces y Magistrados y resto de operadores jurídicos.
    - La formación interna en las organizaciones empresariales.
    - La valoración desde ese estándar de:
        - El acto ilocucionario directivo (legislador), que buscaría determinados comportamientos, antes de que estos comportamientos pudieran darse o no.
        - El acto ilocucionario declarativo (escrito de acusación), que sería el que contendría la acusación que pretendiera la aplicación de la norma en relación a determinadas realidades.
        - El acto ilocucionario representativo (sentencia: valoración de la prueba y hechos probados), que sería el desarrollado por el órgano con capacidad para valorar el acto ilocucionario representativo al aplicar la norma con respecto a los hechos que considerara como acontecidos.

Y es que a día de hoy, el legislador penal ya está utilizando elementos de esas metodologías, pero lo está haciendo:

- Sin el orden y el sentido propios de la metodología.
- Sin referencias a la misma, de forma que los requerimientos de control interno del tipo ni tan siquiera se categorizan como medidas de control interno ni, mucho menos, apuntan a metodologías que acumulen la experiencia (y consenso) que puedan dotar de sentido y permitan comprender, interpretar y aplicar esos elementos típicos; y
- No incorporando alguno de sus elementos esenciales.

Así, a día de hoy los elementos de control interno existentes e inexistentes en nuestro art. 31 bis CP estructurados conforme a los componentes de COSO son:

(1) Entorno de control

- "*Art.31.bis.5.2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos*".

[2638] Recordar el partido de Rugby frente a los hechos brutos.

- *"Art.31.bis.5.3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos"*.
- "*Art.31.bis.5.4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*".
- "*Art.31.bis.5.5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo"*.

No se incorpora, por ejemplo, la necesidad de establecer un código ético marco de las expectativas del consejo de administración y de la alta dirección en relación con la integridad y los valores éticos que se definen en las normas de conducta de la organización, y sean comprendidas a todos los niveles de la organización así como por parte de los proveedores de servicios externalizados y socios comerciales.

Tampoco, por ejemplo, fijar liderazgos y líneas de defensa del control interno:

- **Primera línea de defensa:** la constituye la dirección y el resto del personal que se sitúan al frente de mantener un control interno efectivo en el día a día, con el cumplimiento (su conducta debe adecuarse) de las políticas, prácticas, procedimientos, manuales y los controles en ellos definidos.
- **Segunda línea de defensa:** la constituye las funciones de soporte del negocio que proporcionan orientación con respecto a los requisitos de control interno y evalúan el cumplimiento de las normas definidas. Por ejemplo, el personal de las áreas de Riesgos, de Control, de servicios jurídicos o de cumplimiento.
- **Tercera línea de defensa:** la constituye los auditores internos, evaluando y comunicando información sobre el sistema de control interno y recomendando medidas correctivas o mejoras que serán tomadas en consideración por la dirección e implantadas.

(2) Evaluación de riesgos

- "*Art.31.bis.5.1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*".

(3) Actividades de control

- "*Art.31.bis.2.2ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica"*;
- "*Art.31.bis.2.4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª"*

No se incorpora la necesidad de fijar y expresar la valoración de riesgos, lo que implica plasmar documentalmente qué situaciones pueden dar lugar al incumplimiento del objetivo de cumplimiento normativo penal, qué medidas (preventivas o detectoras: controles) se proponen para mitigar la probabilidad de que ocurran.

Tampoco las actividades de control: Expresión de los responsables de las actividades de control de primera línea.

(4) Actividades de Información y comunicación

No expresa el Código Penal ningún contenido exigible, como por ejemplo **facilitar líneas de comunicación independientes** -como canales de denuncias-: actúan como mecanismos seguros, de forma que la comunicación de información se haga de manera anónima o confidencial complementando a los canales existentes.

Es una norma extrapenal, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción la que ha incorporado la obligación de instaurar los sistemas internos de información de infracciones[2639], fijando los requerimientos de los mismos y las sanciones administrativas derivadas de la no implementación de sus previsiones.

(5) Actividades de Supervisión

- "*Art.31.bis.5.6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios*".

Y no se incorporan algunos elementos esenciales como la **expresión de las Actividades de control:** Expresión de los responsables de las actividades de control de segunda línea (comprobación por el responsable de control interno de que se están desarrollando los controles por la primera línea que neutralizan los riesgos).

Ni, tampoco, por ejemplo, las obligaciones de informe periódico: La organización selecciona, desarrolla y realiza evaluaciones continuas y/o independientes para determinar si los componentes del sistema de control interno están presentes y en funcionamiento y lo plasma documentalmente, con traslado al Consejo.

4. Además de lo anterior, **existen en las normativas reguladoras de determinadas formas societarias previsiones específicas de control interno complementarias a las contenidas en el Código Penal y que son perfectamente hábiles para evitar**

[2639] Incorporando al ordenamiento jurídico interno la Directiva 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 la empresa pueda obtener beneficios a través de la actividad transaccional externa o de la actividad interna delictiva. Así, por ejemplo:

- **Las Instituciones de Inversión Colectiva** y las **Instituciones de inversión colectiva alternativa** deben tener el desempeño permanente e independiente de las siguientes funciones:

    a. Una función de verificación efectiva del cumplimiento normativo, asignada a un órgano encargado de detectar y controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas.
    b. Una función de auditoría interna, encargada, entre otras tareas, de establecer, aplicar y mantener un plan de auditoría que permita examinar y evaluar la adecuación y efectividad de **los mecanismos de control interno**, estableciendo las recomendaciones oportunas y haciendo un seguimiento de su efectivo cumplimiento.
    c. Una función que garantice una adecuada gestión de los riesgos de las IIC, así como de los riesgos asociados a las actividades de las sociedades.

- **Entidades de crédito y empresas de servicios de inversión,** que deberán contar con funciones de control interno con autoridad, rango y acceso adecuados y suficientes al órgano de administración para cumplir su misión, y un marco de gestión de riesgos que incluirán:

    a. Una función de gestión de riesgos, sujeta a la revisión de la función de auditoría interna, que tenga acceso a todas las líneas de negocio, unidades internas, filiales y entidades asociadas y que intervenga en: (i) la fijación de la estrategia y decisiones en materia de riesgos; (ii) en la toma de decisiones asociadas a cambios significativos; (iii) en la identificación, medición, evaluación, gestión, mitigación, control y comunicación de los riesgos; (iv) en la identificación y tratamiento de exposiciones a riesgos no aprobadas.
    b. Una función de cumplimiento, sujeta a la revisión de la función de auditoría interna, que gestiona el riesgo de cumplimiento a través de una persona responsable de esta función en toda la entidad y que (i) velará por que la supervisión del cumplimiento se lleve a cabo mediante un programa de supervisión del cumplimiento estructurado y bien definido y que se respete la política de cumplimiento; (ii) verificará, en estrecha cooperación con la Función de Gestión de Riesgos y el departamento jurídico, que los nuevos productos y procedimientos cumplan con el marco jurídico vigente y, cuando proceda, con cualquier modificación conocida inminente de la legislación, la normativa y los requisitos de supervisión; (iii) asesorará al órgano de administración sobre las medidas que se vayan a tomar para garantizar el cumplimiento de las leyes, normas, regulación y estándares aplicables, y evaluará el posible impacto de cualquier cambio en el entorno jurídico o regulatorio sobre las actividades de la entidad y el marco de cumplimiento.

c. Una función de auditoría interna independiente y con la autoridad, el rango y los recursos adecuados que no deberá combinarse con ninguna otra función y que (i) evaluará si el marco de control interno de la entidad es eficaz y eficiente, y (ii) no participará en el diseño, selección, establecimiento y aplicación de políticas, mecanismos y procedimientos específicos de control interno y límites de riesgo.

- **La sociedad anónima cotizada,** tiene obligación de disponer en el Consejo de Administración de un Comité de Auditoría que tiene entre sus funciones supervisar la **eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos,** así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, todo ello sin quebrantar su independencia.

- **Los Planes y Fondos de pensiones y Entidades Gestoras y entidades aseguradoras y reaseguradoras:** en el mismo sentido que las anteriores añadiendo la función actuarial, desempeñada por personas que tengan conocimientos suficientes de matemática actuarial y financiera, acordes con la naturaleza, el volumen y complejidad de los riesgos inherentes a la actividad de la entidad aseguradora o reaseguradora, y que puedan acreditar la oportuna experiencia en relación con las normas profesionales y de otra índole aplicable.

No parece tener mucho sentido que no se tengan en cuenta estas realidades de control interno a la hora de definir la tipicidad de este tipo de organizaciones, de forma complementaria a los requerimientos que de forma genérica contenga el Código Penal.

E. Los destinatarios de la norma penal.

1. Partiendo de los planteamientos de KELSEN, el primer destinatario de la norma penal son los Jueces y Magistrados llamados a tomar decisiones sobre la concurrencia y la tipicidad de las conductas de las organizaciones empresariales:

- En la fase de Instrucción e Intermedia.
- Y, principalmente, al dictar Sentencia.

A ellos correspondería el mandato normativo de imponer una pena (o, hasta sentencia, la decisión de vinculación con el proceso penal y la adopción de medidas cautelares) cuando constataran (o tuvieran indicios antes del juicio oral) la concurrencia de una actuación penal de la persona jurídica, y ello a través (y materializando) las garantías y derechos fundamentales vistos en la parte primera de esta tesis.

Así, y en la aplicación de esa norma penal, son esos Jueces y Magistrados quienes utilizando una teoría de la actuación penal de las organizaciones, materializarían:

- La homogeneidad en la aplicación de la norma penal en todas las situaciones (cada situación de cada organización empresarial será siempre distinta) mediante los criterios de interpretación de la norma penal.
- La previsibilidad de la aplicación de la norma penal, al compartir con las propias organizaciones empresariales (o sus asesores técnicos) los criterios de interpretación de la norma penal.

2. Partiendo de lo anterior, **el destinatario principal** (prevención general y especial) **de la anterior potencial actividad judicial** en aplicación de la norma penal sobre la actividad de las organizaciones empresariales **son los propietarios actuales y potenciales (inversores) de las organizaciones empresariales**:

- Que **son quienes poseen la capacidad**:
  - De controlar, a través de los costes de la propiedad, la organización empresarial.
  - De no invertir o desinvertir si consideran que no existen o no se están atajando de forma efectiva esos costes de la propiedad.

- Que **son a quienes afectan las penas directamente** mediante la disminución o desaparición de sus beneficios:
  - Multa.
  - Disolución de la persona jurídica.
  - Suspensión de sus actividades.
  - Clausura de sus locales y establecimientos.
  - Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
  - Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
  - Intervención judicial.

- Que **son quienes, en muchas ocasiones, se integran con funciones ejecutivas o no ejecutivas en los órganos de gobierno** y para los que estos requerimientos de control interno, su existencia (o inexistencia) y su contenido (o vacío -i.e. *paper/make up/fake compliance*[2640]-) formaría parte de la valoración de su propia potencial responsabilidad penal personal.

3. Y también lo son, en segundo grado, **todas las personas físicas cuyas relaciones integran las propias organizaciones empresariales** (administradores, directivos, empleados, proveedores, partners, etc.-), que deben saber que cuando las organizaciones mantienen transacciones externas o internas (que por definición se desarrollan para obtener un beneficio, eligiéndolas frente a terceros

[2640] CASANOVAS YSLA (2018), presentación.

normalmente por coste) lo pueden estar haciendo con organizaciones que estén protagonizando actuaciones penales y:

- Pueden verse afectados por el proceso (riesgo reputacional y operacional) o por las penas que se impongan a su contraparte (i.e. disolución, cierre de locales, cese de actividades, concurso por multa, etc.), de forma que los criterios de dieron lugar a la selección planteen costes inesperados (de reputación, de acudir de nuevo al mercado para sustituirlo o de asumir internamente las funciones); y
- Pueden verse afectados por **su propia responsabilidad penal**, si obtuvieron un beneficio de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico y se dan el resto de los elementos de la actuación penal de las organizaciones empresariales, especialmente no desarrollas las medidas de control interno que correspondan a la selección de proveedores (o clientes).

F. Posicionamiento dogmático: autorresponsabilidad y beneficio de los propietarios como hecho de conexión

1. La propuesta de actuación penal de la organización empresarial podría parecer que se encuentra a caballo entre las posiciones de autorresponsabilidad y de heterorresponsabilidad ya que **la actuación delictiva de la persona física se integra en la consideración de la actuación empresarial.** Pero lo cierto es que:

- **El hecho de la persona física se integra en la actuación de la organización empresarial propuesta pero:**
    - **No de forma aislada (en sí mismo), sino <u>para valorar el beneficio potencial o real que se haya generado al propietario con la actividad delictiva</u>, y por ello se analiza en la tipicidad esa <u>relación entre el beneficio del propietario y la puesta en peligro o lesión del bien jurídico</u>. Además, este beneficio tiene que ser distinto del provecho que haya podido obtener en exclusiva la persona física (o no sería una actuación empresarial).**
    - **Se analiza junto con la composición de la propiedad y la actuación de control interno.**
    - **Y además es compatible con la existencia de otras actuaciones delictivas externas o internas (concomitantes), que merecerán una <u>valoración distinta</u> de la actuación de la organización empresarial.**

- **<u>Pero es que, además, esa conducta de la persona física no es valorada para determinar ni el injusto, ni la tipicidad ni la culpabilidad propia de la actuación de la organización empresarial</u> que se centra en que, pudiendo evitarlo mediante otro estado de control interno (uno de los tres elementos que definen su actuación y que definen la tipicidad), no se hizo y se obtuvo un beneficio para los propietarios de actuaciones delictivas externas asociadas a sus transacciones o con la actividad interna corporativa delictiva.**

Así, la acción de la persona física acumula una tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad propias e integradas de distintas realidades de la actuación típica y culpable de las organizaciones empresariales.

2. El beneficio se constituye como la realidad que hace que una conducta interna o externa pueda considerarse como perteneciente a la organización empresarial, realidad a la que se ha llegado desde el concepto propuesto de actuación de la organización empresarial (desde un fundamento en la ciencia económica y empresarial).

Este criterio coincide, por ejemplo, con el expresado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en la Sentencia *New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States* (1909) quien, de acuerdo con RAGUÉS I VALLES y "*en lo que aquí interesa vale la pena destacar dos grandes ideas de* [sus] *fundamentos jurídicos: en primer lugar, que del hecho de que una compañía obtenga o no beneficios de las actuaciones de sus directivos o empleados el Tribunal Supremo no parece inferir una suerte de estado mental o elemento subjetivo atribuible a la empresa, sino que* ***más bien pretende determinar aquellos contextos objetivos en los que los hechos de las personas físicas pueden considerarse como pertenecientes también a la persona jurídica****. En tal sentido dice la sentencia que la <<responsabilidad no se atribuye por el hecho de que su principal realmente participe de la malicia o del fraude, sino porque el acto se ha realizado en su beneficio ["for the benefit"] y el agente obra en el desempeño de su actividad laboral en el negocio de aquel. Y, en segundo término, conviene hacer notar que la sentencia no parece exigir tampoco de forma clara que el agente obre con el propósito de beneficiar a su compañía,* ***sino que basta con que esta se aproveche de la actividad que el sujeto realiza para ello en el contexto de su desempeño profesional***"[2641] y que es el criterio que mantiene desde entonces hasta la actualidad, acercándose eso sí a la consideración que pueda merecer la alineación de los intereses del agente y del beneficio de la organización[2642].

Y no parece que el mismo esté tampoco alejado de la posición de nuestro Tribunal Supremo: "*la organización no puede controlar cualquier acontecimiento que tenga lugar en el desarrollo de su actividad, entendiéndose como un razonable límite exigir únicamente que lo haga con respecto a las conductas que le son estructuralmente beneficiosas, quedando excluidas las que ningún beneficio podrían reportarle. Desde otras perspectivas, se ha venido entendiendo que la empresa tenderá a relajar sus controles con relación, precisamente, a aquellos comportamientos que pudieran reportarle beneficios, siendo precisamente ahí donde dichas prevenciones resultarán más necesarias. Y, en fin, también se han invocado consideraciones relativas a la teoría de la pena, observando que donde las conductas delictivas producidas en el seno de la organización se realizan "en beneficio o en interés" de ésta, es donde tendrá más sentido atribuirle responsabilidad penal, compensando de ese modo el enriquecimiento pretendido*[2643]*". […]* "*sí debe ser exigido, a partir del texto legal vigente, que la conducta delictiva imputable a las personas físicas que actúan en representación o por cuenta de aquéllas, se realice en beneficio directo o indirecto de*

[2641] RAGUÉS i VALLÉS (2017) págs. 39 y 40.
[2642] Ibid. págs. 42 y ss, siguiendo los trabajos de VILLEGAS GARCÍA (2016).
[2643] STS 89/2023, de 10 de febrero (Caso Pescanova), FJ 25, pag 120.

las mismas. Resulta indispensable así que la conducta delictiva resulte beneficiosa, contemplada ex ante y enmarcada en el proyecto delictivo de su autor, directa o indirectamente, para la persona jurídica, con independencia de que dicho beneficio llegue o no a materializarse." [2644].

3. El beneficio de la persona jurídica derivado de una conducta delictiva de la persona física, como señala RAGUES I VALLÉS, debe ser considerado de forma objetiva y *ex ante*[2645], añadiéndose para esta investigación que ese momento debe coincidir:

- Con en el momento de la comisión de la actuación delictiva;
- Con el momento de la valoración del estado requerido y probado del control interno[2646], que integran la tipicidad y la culpabilidad.

4. Se considera que el beneficio de la persona jurídica vinculado a una conducta delictiva de la persona física es el elemento definitorio de la actuación de la organización empresarial **y el hecho de conexión con la conducta delictiva**, lo que (junto con el resto de sus planteamientos) **ubica a esta investigación en las posiciones dogmáticas de la autorresponsabilidad.**

En concreto, integra esta investigación como hecho de conexión la forma más radical considerada -y descartada en 1997- por TIEDEMANN: "*frecuentemente, la responsabilidad de la empresa se desencadena solamente por actos u omisiones cometidos por los órganos y/o representantes legales, jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción corresponde a la teoría del derecho civil y es un clásico punto de vista que afirma que la persona moral actúa a través de sus órganos. **El modelo contrario se centra en los actos de toda persona que actúe en nombre de la empresa o en favor de ella. Esta concepción más bien pragmática va muy lejos, pero facilita la prueba y hace superfluas las distinciones entre diferentes categorías de representantes, incluidos los representantes de hecho.** Los modelos mixtos, por último, se sitúan entre los dos tipos extremos. Introducen, como en el Model Penal Code de Estados Unidos, un «managerial test» para limitar así la responsabilidad demasiado extensa admitida por el segundo modelo y dejar de lado las acciones de personas que no tienen ningún poder de decisión [...] A manera de conclusión, afirmaremos que esta solución intermedia parece ser la ideal entre las teorías clásicas y las necesidades de prueba y de persecución: además de los órganos y representantes (p. 125) legales, el «middle management» debería ser incluido. Una particular infracción de omisión de organización, de vigilancia y de control debería ser incorporada con el fin de comprender los casos en los que la culpa de personas de alto o medio rango hace posible la infracción cometida por un empleado de rango inferior. Esta recomendación*

[2644] Ibid. FJ 27, punto 5, pag 124.
[2645] Ibid. págs. 111 a 115; también, al hilo de la STS 89/2023, SILVA SANCHEZ, RAGUÉS I VALLÈS, ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, MONTANER FERNÁNDEZ, COCA VILA, ESTRADA CUADRAS (2023).
[2646] Tanto para la tipicidad como para la culpabilidad, estando vinculado necesariamente ambos con la consideración, ex ante, del potencial beneficio que se hubiera hecho en la valoración de riesgos del control interno, con independencia del resultado final. Si ha generado beneficio, la discusión será menor.

parte de la idea base, reconocida en muchos de los ordenamientos jurídicos, que la organización correcta de la agrupación constituye un criterio clave para la vida y la responsabilidad de la misma" [2647].

Para esta investigación es en la tipicidad (elementos de control interno y su concreto contenido, que incluyen la valoración del riesgo) y la culpabilidad (previsibilidad y evitabilidad del hecho de conexión, que de nuevo alcanza a la valoración de riesgos) donde deben depurarse, en relación al riesgo permitido derivado de los concretos requerimientos de control interno aplicables, las relaciones que se mantuvieran con las concretas personas (externas e internas) generadoras del beneficio de la organización empresarial.

Así, no habría dos posibles hechos de conexión[2648], sino uno sólo: el que una actividad delictiva genere un beneficio para una organización empresarial.

5. Recuperando la categorización de teorías de autorresponsabilidad de DIAZ RIPOLLES[2649], nos encontraríamos dentro del segundo criterio de imputación **con variaciones** ("*imputa al ente colectivo un defecto de organización concreto, el cual ha facilitado o no ha impedido que sus representantes o empleados hayan realizado un hecho delictivo singular; será ese defecto de organización concreto lo que constituya el hecho delictivo propio de la sociedad"*).

O incluso **en un quinto criterio de imputación: se imputaría a la organización empresarial un defecto de control interno exigible que ha facilitado o no ha impedido que sus propietarios obtengan o pudieran haber obtenido beneficios de concretas actuaciones delictivas (externas o internas).**

El injusto no se completaría con la conducta delictiva de la persona física, sino con el alcance de beneficios para los propietarios derivados de la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos pudiendo evitarlo. En caso de que ese injusto pueda concretarse en la persona física propietaria, no existiría injusto propio de la persona jurídica.

En la diferencia entre autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad, el posicionamiento de esta investigación se decantaría por la primera pero, sobre todo, buscaría alcanzar una propuesta **de responsabilidad por el hecho propio como derecho fundamental de la persona jurídica ante una acusación de naturaleza penal, que supere las exigencias vistas en la primera parte de la investigación.**

[2647] TIEDEMANN (1997).
[2648] Como sostienen ZUGALDÍA ESPINAR (2021) págs. 87-99.
[2649] DIEZ RIPOLLES (2012).

G. Algunas conclusiones.

1. La línea de investigación seguida en esta tesis es la de plantear una propuesta de actuación de la organización empresarial:

- Que esté compuesta, exclusivamente, de realidades valorables que puedan ser objeto de prueba.
- Que permita garantizar los derechos fundamentales de las organizaciones empresariales vinculadas a los procesos penales.

Y, sobre esa propuesta de actuación, explorar el resto de los componentes secuenciales de una teoría de la actuación penal de las organizaciones empresariales respetuosa con las exigencias de la primera parte de esta investigación.

2. La (teoría de la) actuación penal de la organización empresarial parte de tener que ser (hecho propio) algo distinto de las acciones penales de la persona física **propietaria** de la organización empresarial, de la persona física **administradora** de la organización empresarial, de la persona física **directiva** de la organización empresarial, de la persona física **empleada** de la organización empresarial y de la **persona u organización contratada** por la organización empresarial y que desarrolle actuaciones penales.

Las organizaciones empresariales pueden considerarse el contexto en el que se producen e integran, en un momento determinado, las actuaciones de personas físicas (delictivas y no delictivas). Ese contexto puede ser concretado en cada momento, de acuerdo con el consenso de la ciencia económica, por la combinación (única) del estado de tres realidades:

- La actividad de transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La actividad corporativa interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La composición de la propiedad y la actividad de control (directo o indirecto) desplegada por los propietarios.

3. Se considera que el injusto que nos ocupa lo constituiría el que los propietarios obtengan (o puedan obtener) beneficios de actividades delictivas a través de la actividad de la organización empresarial, bien bajo su control directo de la actividad o bien por no haberse implementado los mecanismos de control de esa actividad organizacional que les exija, ex ante, el ordenamiento jurídico:

- **Cuando el propietario es un emprendedor** y no hay organización alguna, la generación de beneficios al emprendedor a través de la actividad delictiva**, el injusto, posee un único y claro responsable**: ese emprendedor (aún ni propietario).
- **Ese injusto -promoción o permisión de la obtención de beneficios mediante actividades que sean o puedan ser delictivas- permanece cuando la actividad**

crece y se mercantiliza, se constituye una sociedad, y las transacciones externas, la vida corporativa y el número y heterogeneidad de los accionistas crecen. Pero en paralelo a ese crecimiento, la posibilidad de alcanzar el hecho propio de los propietarios con las garantías vistas en la primera parte de la investigación va disminuyendo en inversa proporción:

  - Porque la actividad externa o interna es tan intensa que no se pueda vincular con el propietario persona física; o
  - Porque la composición accionarial esté tan atomizada (o sea cuasi anónima) que tampoco se pueda alcanzar una responsabilidad penal (por no existir hecho propio de todos los propietarios).

Así, el injusto permanecería y se intensificaría (obtención de beneficio de los propietarios por actividades delictivas) conforme la posibilidad de identificar un hecho propio del propietario se iría diluyendo y desapareciendo.

- **En paralelo a esa disolución del posible hecho propio del propietario**, la figura de la organización empresarial **va adquiriendo, en directa proporción, más protagonismo para el ordenamiento jurídico, que le impone cada vez más requerimientos de control de su actividad externa e interna**, de forma que se evite (como mínimo y entre otras cosas) la promoción o permisión de la obtención de beneficios derivados de la actividad externa o interna que pueda ser delictiva (o, antes, resultado de otros incumplimientos normativos).
- Así, **ya no es al propietario sino a la organización empresarial a la que se le responsabiliza de que no exista injusto**, debiendo desarrollar los mecanismos (desarrolle la actuación, genere una realidad, de lugar a un contexto -lo que se prefiera-) de control interno que fije ex ante el ordenamiento jurídico como posibles (y razonables) para evitar la obtención de beneficios mediante actividades delictivas, **existiendo injusto y apareciendo el hecho propio al que anclarlo: el injusto de la organización empresarial en caso de que esas medidas de control interno que sustituyen al control directo del propietario no estén presentes en ese contexto en el que se da la acción delictiva de la persona física.**

4. El máximo consenso sobre la formas más efectiva de controlar internamente la actividad de transacción externa y corporativa interna por los propietarios, lo constituye actualmente el marco COSO control interno – marco integrado, que es el asumido, por ejemplo, por la SEC americana, por la Comisión Europea, por la Fiscalía Europea o por las Normas Internacionales de Auditoría, lo que hace que cualquier empresa que sea objeto de auditoría externa sea valorada desde el prisma de COSO por el auditor para alcanzar una conclusión sobre la fiabilidad del control interno de las empresas y de la información financiera que se le proporciona, pudiendo de esta forma planificar su auditoría.

Esa metodología se desarrolla sobre sus cinco componentes (Entorno de control, Evaluación de riesgos, Actividades de control, Información y comunicación, Supervisión) y podría ser incorporado como **referente en una norma distinta a la penal que los positivizara, cristalizando ese consenso de forma normativa a la que pudiera referirse la norma penal para integrar la tipicidad.**

5. La actuación típica culpable de la persona jurídica que se propone posee la siguiente formulación:

5.1 **La actuación de la organización empresarial es la combinación, para el momento considerado, del estado de tres realidades:**

- **La actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.**
- **La actividad interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.**
- **La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control consolidada por los mismos.**

5.2 **La actuación de la organización empresarial será típica si reúne cuatro condiciones:**

- **Si existe una acción delictiva de una persona física que, siendo una actividad de transacción externa o una actividad interna de la organización empresarial, le pudiera haber generado o le haya generado un beneficio a los propietarios de la organización empresarial.**
- **Si es un delito que pueda generar responsabilidad penal de la persona jurídica.**
- **Si no todos los propietarios de la organización pueden ser considerados responsables penales de las conductas delictivas que se estén considerando.**
- **Si la actividad de control interno consolidada en el momento de la actuación delictiva no ha integrado los requerimientos exigidos por el Código Penal.**

5.3 La actuación empresarial típica será culpable en función de dos variables:

- **La previsibilidad: Si la acción delictiva de la persona física fuera previsible y evitable de haberse desarrollado los requerimientos de control interno previstos exigidos por en el Código Penal; y**
- **La gravedad: la intensidad de la diferencia entre el estado de las medidas de control interno existentes en el momento en el que se produce la acción de la persona física, y el estado que exigiera el Código Penal**

5.4 La actuación típica de la organización empresarial es siempre antijurídica. No prevé el ordenamiento jurídico situaciones en las que deba excluirse, por razones objetivas, la imposición de penas a la actuación típica de la organización empresarial, por lo que la actuación de la organización empresarial típica será siempre antijurídica y, por lo mismo, esta categoría propia de las teorías del delito de la persona física es descartable para las personas jurídicas.

6. Esta investigación se ubicaría en los marcos dogmáticos de la autorresponsabilidad, determinando como **hecho de conexión el beneficio que la actuación delictiva haya generado a la organización empresarial**.

Y sería en la tipicidad (elementos de control interno y su concreto contenido, que incluyen la valoración del riesgo) y la culpabilidad (previsibilidad y evitabilidad del hecho de conexión, que de nuevo alcanza a la valoración de riesgos) donde deben

depurarse, en relación al riesgo permitido derivado de los concretos requerimientos de control interno aplicables, las relaciones que se mantuvieran con las concretas personas (externas e internas) generadoras del beneficio de la organización empresarial.

En la diferencia entre autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad, el posicionamiento de esta investigación se decantaría por la primera pero, sobre todo, buscaría alcanzar una propuesta **de responsabilidad por el hecho propio como derecho fundamental de la persona jurídica ante una acusación de naturaleza penal, que supere las exigencias vistas en la primera parte de la investigación.**

VII. Una propuesta normativa de *lege ferenda* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A. Presupuestos para la tipicidad de la organización empresarial

1. Además de lo hasta ahora expuesto, la propuesta de tipicidad debe tener en cuenta que **sólo a partir de una determinada complejidad empresarial es necesario (y es posible) incurrir en los costes de propiedad para que ésta pueda tener controlada la actividad interna y de transacción externa.** Así, es necesario encontrar un criterio de diferenciación entre distintas organizaciones empresariales.

Es el equilibrio entre el volumen de las transacciones y la actividad interna lo que define, para la ciencia económica, la organización empresarial, como también lo es en la teoría de la actuación de la organización empresarial que se propone. Por ello el criterio de las transacciones (ingresos -facturación- y gastos) y el criterio de la actividad interna (empleados), son indicadores de esa necesidad de incurrir en costes para mantener el control por la propiedad, lo que resulta coherente:

- Con lo señalado con respecto a que las normas de auditoría (NIA-ES 315) exigen la valoración de los sistemas de control interno de las empresas auditadas.
- Con que la auditoría de cuentas resulta obligatoria cuando se cumplan (durante dos ejercicios) al menos dos de los siguientes requisitos[2650]:
    - Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los **cinco millones setecientos mil euros**.
    - Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio **sea superior a cincuenta**.
    - Que el total de las partidas del activo supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros.

[2650] Art. 263.2 RDL 1/2010, LSC.

El criterio actual del Código Penal para diferenciar entre requisitos de los sistemas de control interno (posibilidad de presentación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada[2651]) es homogéneo en cuanto a los factores a tener en cuenta para la necesidad de auditar las cuentas, aunque establece diferencias en algunas cuantías. Podrá presentarse cuenta de pérdidas y ganancias abreviada cuando se cumplan (durante dos ejercicios) al menos dos de los siguientes requisitos [2652]:

- Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los **once millones cuatrocientos mil euros**.
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio **sea superior a doscientos cincuenta**.
- Que el total de las partidas del activo supere los **once millones cuatrocientos mil euros**.

Si empresas con posibilidad de presentación de cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas pueden tener que auditar (verificar antes de ser aprobadas por los propietarios) sus cuentas anuales e informe de gestión teniéndose en cuenta para lo anterior el estado de sus sistemas de control interno, parece más coherente tener en cuenta ese criterio, y no el de las cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas, que es, a su vez, distinto del criterio para poder presentar Balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados[2653].

Así, parece razonable "indexar" (establecer como referente) el criterio que se utilice para fijar la obligatoriedad de la auditoría de cuentas (y sus posibles variaciones en el tiempo) que parte de la valoración de los sistemas de control interno (y de su conveniente existencia), con el criterio del Código Penal para diferenciar el tratamiento típico entre distintas organizaciones empresariales.

En cualquier caso, este criterio será aplicable a situaciones que llevarán irremediablemente también a la necesidad de considerar la responsabilidad penal de los propietarios y, en la mayoría de los casos (en los que coincide además la propiedad y la administración) a la concentración de la responsabilidad en la persona física.

2. El criterio del beneficio empresarial asociado a la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico por una persona jurídica en una forma típica contenido actualmente en nuestro Código Penal, requiere, de nuevo, alguna reflexión.

El Código Penal se refiere actualmente al beneficio directo o indirecto de las personas jurídicas, lo que:

[2651] Art. 31 bis 3 CP.

[2652] Art. 258.1 RDL 1/2010, LSC.

[2653] Art. 257.1 RDL 1/2010, LSC. Podrá presentarse Balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados cuando se cumplan (durante dos ejercicios) al menos dos de los siguientes requisitos:

- Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los **ocho millones de euros**.
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio **sea superior a cincuenta**.
- Que el total de las partidas del activo supere los **cuatro millones cuatrocientos mil euros**.

- Parece que conduce (y si no se confunde con) al (el) concepto contable de beneficio como resultado del ejercicio (o de una operación).
- Puede resultar incompatible, cuando se refiere al beneficio indirecto, con el principio de tipicidad si se incluye dicho beneficio como elemento de la tipicidad (resultado): cualquier relación indirecta con un resultado como criterio de tipicidad abre la puerta a la arbitrariedad.

Considero que lo que se debe valorar es **el beneficio de los propietarios, no de la persona jurídica y ello porque puede existir beneficio de los propietarios de la actividad delictiva sin que exista beneficio para las personas jurídicas** y esa situación llevaría a la atipicidad, lo que no parece que pueda ser la voluntad del legislador. El beneficio (patrimonial, fin de cualquier inversión) de los propietarios de las organizaciones empresariales puede alcanzarse:

- Del reparto de las ganancias (dividendos).
- De la venta de las acciones/participaciones (desinversión).
- Del reparto del remanente tras el pago de las deudas (liquidación).

En el primero de los casos, el beneficio de la organización empresarial y el de los propietarios coincide, pero no sucede así en los otros dos supuestos (en los que existe un beneficio para los propietarios pero no para la organización empresarial). Una actividad delictiva puede dar lugar a aumentos de beneficios de los propietarios en cualquiera de las anteriores tres formas[2654]:

- **En el reparto de las ganancias (dividendos):** por incrementos de la cuenta de resultados, mediante actividades delictivas correlacionadas:
  - Con el aumento de los ingresos.
  - Con la disminución de los gastos necesarios para generar los ingresos.
- **En la venta de las acciones/participaciones (desinversión):** por incrementos del valor de venta de la acción/participación, mediante actividades delictivas:
  - **Que aumenten el patrimonio neto:**
    - Por actividades delictivas correlacionadas con el aumento de los activos.
    - A través de actividades delictivas correlacionadas con la disminución de los pasivos.
  - **Que aumenten la cotización**: mediante actividades delictivas correlacionadas con el aumento del valor de cotización en mercados.
  - **Que aumenten valoración de las participaciones:** a través de actividades delictivas correlacionadas con la generación de incrementos futuros de la cuenta de resultados, del patrimonio neto o del valor de la cotización en mercados.
- En el **reparto del remanente tras el pago de las deudas** (liquidación), por realizarse de esta forma y no en la venta de participaciones/acciones, los incrementos del patrimonio neto.

[2654] Una cuarta vía es que el beneficio se alcanzara por fuera de las vías mercantiles establecidas (por ejemplo mediante reparto del dinero negro de operaciones no registradas), sin que en estos casos planteara duda la imputación de los propietarios personas físicas.

3. La actividad externa o transaccional incluye toda aquella desarrollada por terceros (personas físicas integradas o no en otras organizaciones) vinculados contractualmente con la organización empresarial.

La actividad interna o corporativa incluye toda aquella desarrollada por personas con capacidad de representación legal de la organización, por los miembros de sus órganos de gobierno y dirección así como las contratadas o sometidas a las directrices de los anteriores (empleados o terceros).

El presupuesto para considerar la actuación de la organización empresarial y su tipicidad es que cualquier actividad de las anteriores sea delictiva y pueda generar o genere un beneficio para los propietarios.

4. Como se ha venido adelantando, los elementos de control interno que se integren en el tipo resultan esenciales.

El marco de control interno de referencia (consenso y norma técnica), será en esta propuesta el marco COSO (2013) Control Interno-marco integrado al ser el marco que mayor consenso, difusión e integración normativa presenta actualmente, y que permite su aplicación tanto a grandes corporaciones o instituciones públicas (Comisión Europea) como a pequeñas empresas (ya se aplica a cualquiera que sea objeto de auditoría -voluntaria u obligatoria-).

Nada impediría que si en el futuro apareciera otro marco (por ejemplo de la mano de la tecnología), ese fuera el nuevo referente técnico, pero esos cambios (su impregnación en el tejido productivo, profesional y normativo -social-) son muy lentos sin que a día de hoy exista otro marco que se acerque al consenso del que dispone el marco COSO (2013).

5. Para integrar el contenido de la norma técnica como referente interpretativo, las referencias a los elementos típicos relacionados con el control interno se estructurarán de acuerdo con los componentes de COSO (2013):

- Actuación de Entorno de control.
- Actuación de Evaluación de riesgos.
- Actuación de Control.
- Actuación de Información y Comunicación.
- Actuación de Supervisión.

6. Además de los anteriores requisitos generales de actividad de control interno, determinadas organizaciones empresariales (por su composición accionarial -atomizada -i.e. cotizadas-, por su tamaño -volumen de transacciones y de actividad interna-, y por su concreta actividad -riesgos específicos-) acumulan requisitos de control específicos de sus transacciones y de su actividad interna, determinados por normativa específica (en muchos casos europea -homogeneizando la actividad desde las posibilidades de transacciones externas y corporativas internas transfronterizas, en un mercado único-).

Esa normativa específica debe ser tenida en cuenta por la tipicidad que establezca el Código Penal.

B. Normativa extrapenal de control interno

1. Considero que **el consenso constitutivo de control interno** como referente (norma técnica o regulación del control interno) **no debería estar en el Código Penal** y perfectamente puede integrarse en una normativa europea o nacional de control interno.

2. Esa normativa debería contener, al menos, las siguientes definiciones:

a) Sistema de control interno: conjunto de funciones diseñadas, implementadas y mantenidas por los responsables del gobierno de la entidad, la dirección y otro personal, con la finalidad de proporcionar una seguridad razonable sobre la consecución de los objetivos de la entidad relativos a la fiabilidad de la información financiera, la eficacia y eficiencia de las operaciones, así como sobre el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables[2655].

b) Actuación de entorno de control: actitudes, grado de percepción y actuaciones de los responsables del gobierno de la entidad y de la dirección en relación con el sistema de control interno de la entidad y su importancia para ella[2656].

c) Actuación de evaluación de riesgos: desempeño asociado la identificación y el análisis de riesgos para alcanzar los objetivos de la entidad, siendo el fundamento del modo en que se gestionen los riesgos[2657].

d) Actuación de control: desempeño diseñado para mitigar los riesgos que incidan en la consecución de los objetivos[2658].

e) Actuación de información y comunicación: desempeño asociado a disponer y proporcionar, respectivamente, de un sistema de información relevante para la preparación de los estados financieros[2659] y del conocimiento de las funciones y responsabilidades individuales del sistema de control interno de la entidad[2660].

f) Actuación de supervisión: desempeño asociado a valorar la eficacia del sistema de control interno de la entidad y adoptar las medidas correctoras necesarias de modo oportuno[2661].

[2655] NIA 315 R 2019, Punto 12, letra m.
[2656] Ibid. Anexo 3, punto 4.
[2657] Ibid. Anexo 3, punto 4.
[2658] Ibid. Punto 12, letra c.
[2659] Ibid. Anexo 3, punto 15.
[2660] Ibid. Anexo 3, punto 18.
[2661] Ibid. Anexo 3, punto 10.

g) Sistema normativo interno: conjunto de soportes, documentales o digitales, que integren las expectativas de conducta de personas físicas y jurídicas con las que mantenga relación, interna y externa, la persona jurídica.

3. Además de estas definiciones, la normativa podría desarrollar, dentro de cada uno de los cinco campos de actuación (coincidentes con los componentes de la metodología de COSO), **actuaciones concretas exigibles, como las fijadas por la propia metodología en sus principios.**

Y, a su vez, podría determinar las obligaciones concretas de las personas jurídicas relativas al Control Interno al margen de la utilización del derecho penal, pudiendo establecerse sanciones administrativas en caso de incumplimientos de esa normativa, adelantándose de esta forma la protección de los bienes jurídicos (amenazados por la obtención del beneficio empresarial) como ya sucede, por ejemplo, con los Sistemas Internos de Información de Infracciones[2662].

4. Cumpliendo con los requisitos de la dimensión formal del principio de tipicidad en relación con las normas penales en blanco y las referencias a normas extrapenales, el Código penal podría referirse al contenido de esa norma como marco constitutivo del control interno.

De esta forma se reservaría, como se propone, la tipicidad del Código para la fijación de los incumplimientos concretos merecedores de pena.

C. Normativa penal

1. Tras los desarrollos de la primera y segunda parte de esta investigación, se está en disposición de enunciar una propuesta de *lege ferenda* del art. 31 bis CP que alcance los objetivos de esta investigación, a partir del concepto de actuación de la organización empresarial.

Artículo 31 bis

"1. Las personas jurídicas podrán ser consideradas penalmente responsables de un delito de acuerdo con las previsiones de este Código si el delito hubiera generado o hubiera podido generar beneficios para sus propietarios, siempre que estos no sean los responsables penales de dichas conductas y concurran las circunstancias que siguen.

2. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas que tengan obligación legal de someter sus cuentas anuales a auditoría contable, serán penalmente responsables si en el momento en el que se cometió el delito y siempre que las mismas hubieran permitido evitar su comisión, no dispusieran desarrolladas las siguientes medidas de control interno:

a) Actuaciones de entorno de control:

[2662] L 2/2023, Título IX.

- **La existencia de un sistema normativo interno que integre las expectativas de comportamiento de las personas físicas y jurídicas con las que mantenga relaciones.**
- **El desarrollo, a todos los miembros de la organización, de la formación en el sistema de control interno.**
- **La existencia de un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento del sistema normativo interno.**
- **La existencia de un órgano de control de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que supervise la eficacia de los controles internos y las comunicaciones de incumplimientos.**

b) Actuaciones de evaluación de riesgos:

- **La existencia de una valoración documentada de riesgos que considere las ocasiones en las que pueda darse lo previsto en el apartado primero.**
- **La existencia de controles permanentes o periódicos diseñados para impedir o detectar tempranamente las ocasiones identificadas en las que pueda darse lo previsto en el apartado primero.**

c) Actuaciones de control:

- **La integración de los controles permanentes o periódicos diseñados en las expectativas de conducta fijadas en el sistema normativo interno.**
- **El desarrollo de los controles permanentes o periódicos diseñados para impedir o detectar tempranamente las ocasiones en las que pueda darse lo previsto en el apartado primero.**

d) Actuaciones de información y comunicación:

- **La existencia y funcionamiento de un sistema interno de información de infracciones normativas.**
- **La existencia de un reporte anual del órgano de control a la Junta General de Accionistas sobre el estado del control interno de las personas jurídicas y actuaciones desarrolladas durante el ejercicio.**

e) Actuaciones de supervisión: del órgano de control, de la ejecución de los controles permanentes o periódicos diseñados para impedir o detectar las ocasiones en las que pueda darse lo previsto en el apartado primero.

3. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables si en el momento en el que se cometió el delito no dispusieran desarrolladas, además de las medidas de control interno especificadas en el apartado anterior, las complementarias que les fueran legalmente exigibles, siempre que las mismas hubieran permitido evitar la comisión del delito.

4. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas que no se encuentren en las circunstancias fijadas en los apartados 2 y 3 serán penalmente responsables si en el momento en el que se cometió el delito, no dispusieran desarrolladas las siguientes medidas de control interno, siempre que las mismas hubieran permitido evitar la comisión del delito:

a) Actuaciones de evaluación de riesgos: La existencia de una valoración documentada de riesgos que considere las ocasiones en las que pueda darse lo previsto en el apartado primero.

b) Actuaciones de control: La existencia de controles permanentes o periódicos para impedir o detectar tempranamente las ocasiones en las que pueda darse lo previsto en el apartado primero.

2. El resto de los artículos referidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrían mantener el contenido de su actual redacción normativa, salvo el art. 31 bis ter, que debería presentar el siguiente contenido:

Artículo 31 ter CP.

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible [2663] aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.
2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 31 quater CP.

1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

[2663] Contenido eliminado "*siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior*".

Art. 33.7 CP
[…]
7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:
a) Multa por cuotas o proporcional.
b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.
La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

3. Y de la misma forma los arts. 50.3 y 4 CP, 52.4 CP, 66 bis CP, 129 CP, 136.3 CP y 14 bis LECr, 119 LECr, 409 bis LECr, 544 quater LECr, 786 bis LECr, 786.8 LECr, 839 LECr,

D. Algunas conclusiones

La incorporación al ordenamiento jurídico del control interno es ya una realidad consolidada a través de diversos requerimientos aplicables a formas societarias de cierta complejidad. Esas medidas de control interno tienen su origen en el debate de la comunidad internacional asociado al control de la propiedad, y poseen a día de hoy su máximo consenso en la metodología COSO control interno – marco integrado.

Sin duda aportaría claridad difundir ese consenso (u otro análogo que se identifique, si bien no existe uno que esté más enraizado en la realidad institucional pública y privada) **mediante la aprobación de una norma extrapenal de control interno que cristalizara normativamente ese consenso y que:**

- **Permitiera al resto del ordenamiento jurídico utilizarla como referente.**
- **Difundiera el conocimiento del control interno entre los operadores jurídicos**, organizaciones empresariales y propietarios de las anteriores llamados a relacionarse con el mismo.

La propuesta de lege ferenda que se alcanza desde la formulación de la actuación de la organización empresarial a se desarrolla modificando, completamente, el art. 31 bis CP y, parcialmente, el art. 31 ter.1 CP.

Si esa propuesta de actuación empresarial y de lege ferenda realmente contribuye a respetar y a potenciar los derechos fundamentales de la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal concretados en la parte primera de esta investigación superando carencias de la actual norma penal, es algo que se acomete en la tercera parte de la investigación.

VIII. Conclusiones de la segunda parte de la investigación

1. La actual redacción del art. 31 bis CP no presenta vínculo alguno con ninguna concepción de actuación de la organización empresarial cognoscible, pareciendo responder a una copia de la regulación de responsabilidad administrativa italiana (sobre los fundamentos que esa regulación pretendiera en el marco de un ordenamiento jurídico distinto).

Qué considere el legislador que pueden hacer o no hacer las empresas; a quién vaya dirigida la norma; qué pide a los propietarios, a los que no menciona de ninguna forma (si es que les pide algo); en qué consiste el hecho propio de la organización empresarial cuando habla de la exención de responsabilidad o en qué consiste su culpabilidad **son todas preguntas elementales para comprender y propiciar la imposición de penas en un proceso judicial que, irremediablemente, quedan sin respuesta.**

Esa falta de previsibilidad de la norma penal ha dado lugar a interpretaciones dogmáticas que oscilan desde propuestas de responsabilidad por el hecho de otro hasta aquellas que se centran en la autorresponsabilidad, habiendo tenido la Sala Segunda que expresar una interpretación de la norma que es hasta de complejo encaje en el tenor literal de la misma, para poder ajustarla a los principios básicos del proceso penal.

La seguridad jurídica exige, desde los principios fundamentales expresados en la primera parte de la investigación, una interpretación y mejora de la ley penal que respete y potencie esos principios esenciales para la imposición de penas, específicamente reconocidos a las personas jurídicas.

2. Acometer una propuesta de norma penal que regule la responsabilidad penal de las organizaciones empresariales con la garantía de comprensión de los destinatarios y que alcance las exigencias mostradas en la primera parte de la investigación, exige partir de una determinada actividad prenormativa consistente en alcanzar una concepción de la posible actuación de esas organizaciones empresariales cuya conducta se pretende dirigir con la norma. Así lo aconseja (i) el que nos encontremos ante un hecho institucional en los términos de SEARLE y pretenderse un determinado efecto ilocucionario de la norma (que se haga algo), (ii) el que los operadores deónticos requieran, para su operación, partir de una concepción de actuación de aquél de quién se pretende un deber ser, como señala VON WRIGHT.

La verdad epistémica resultado del consenso como método superador de la ontología, aconseja al mundo jurídico que, tratándose de regular la actuación debida del objeto de una disciplina científica, se busque cuál sea el consenso de esa disciplina científica sobre en qué pueda consistir la actuación de la organización empresarial.

3. El consenso de las ciencias económicas y empresariales se encuentra actualmente en que las organizaciones son, en cada momento, la institución económica resultante de combinación de las transacciones externas (acudiendo a los mercados) y la actividad interna corporativa, equilibrio que depende a su vez de quién asuma la posición de propietario (por las ventajosas posiciones que pueden poseer) y del volumen o intensidad de las tres anteriores variables, que puede dar lugar a la aparición de un nuevo componente económico: los costes en los que los propietarios deben incurrir para mantener el control de la organización empresarial, con el fin de seguir alcanzando los beneficios mientras continúan aumentando ese volumen y, con él, la generación de riqueza.

Esos parámetros sirven para delimitar analíticamente qué pueda ser en el momento en el que interesa para el proceso penal (el momento en el que se comente una acción delictiva), la actuación de la persona jurídica como contexto en el que se integra y desarrolla esa actuación delictiva de la persona física. Ese contexto puede ser concretado en cada momento por la combinación (única) del estado de tres realidades:

- La actividad de transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La actividad corporativa interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La composición de la propiedad y la actividad de control (directo o indirecto) desplegada por los propietarios.

4. Si se considera que el injusto lo constituye el que los propietarios obtengan (o puedan obtener) beneficios derivados de la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos a través de la actividad organizacional, bien bajo su control directo de la actividad o bien por no haberse implementado los mecanismos de control de esa actividad organizacional que les exija, ex ante, el ordenamiento jurídico, **sólo**

existiría el injusto de la organización empresarial si esos propietarios no pudieran identificarse y vincularse con la actividad delictiva, esto es, **si esos propietarios personas físicas no fueran responsables penales de la puesta en peligro o lesión delictiva de esos bienes jurídicos, ya que si no ellos concentrarían el injusto y, por lo mismo, la responsabilidad.**

Cuando el propietario es un emprendedor y no hay organización alguna, la generación de beneficios al emprendedor a través de la actividad delictiva, el injusto, posee un único y claro responsable: ese emprendedor (aún ni propietario). Ese injusto -promoción o permisión de la obtención de beneficios mediante actividades que sean o puedan ser delictivas- permanece cuando la actividad crece y se mercantiliza, se constituye una sociedad, y las transacciones externas, la vida corporativa y el número y heterogeneidad de los accionistas crecen. Pero en paralelo a ese crecimiento, la posibilidad de alcanzar el hecho propio de los propietarios con las garantías vistas en la primera parte de la investigación va disminuyendo en inversa proporción.

En paralelo a esa disolución del posible hecho propio del propietario, **la figura de la organización empresarial va adquiriendo, en directa proporción, más protagonismo para el ordenamiento jurídico, que le impone cada vez más requerimientos de control de su actividad externa e interna**, de forma que se evite (como mínimo y entre otras cosas) la promoción o permisión de la obtención de beneficios derivados de la actividad externa o interna que pueda ser delictiva (o, antes, el resultado de otros incumplimientos normativos).

Así, **ya no es al propietario sino a la organización empresarial a la que se le responsabiliza de que no exista injusto**, debiendo desarrollar los mecanismos (desarrolle la actuación, genere una realidad, de lugar a un contexto) de control interno que fije ex ante el ordenamiento jurídico como posibles (y razonables) para evitar la obtención de beneficios mediante actividades delictivas, **existiendo injusto y apareciendo el hecho propio al que anclarlo; el injusto de la organización empresarial en caso de que esas medidas de control interno, que sustituyen al control directo del propietario, no estén presentes en ese contexto en el que se da la acción delictiva de la persona física.**

5. El máximo consenso sobre la mejor forma de controlar internamente la actividad de transacción externa y corporativa interna lo constituye actualmente el marco COSO control interno – marco integrado, que es el asumido por la SEC americana, por la Comisión Europea, por la Fiscalía Europea y por las Normas Internacionales de Auditoría que hace que cualquier empresa (incluidas las pequeñas) que sea objeto de auditoría externa sea valorada desde el prisma de COSO por el auditor para alcanzar una conclusión sobre la fiabilidad del control interno de las empresas y de la información financiera que se le proporciona, pudiendo de esta forma planificar su auditoría.

Esa metodología se desarrolla sobre sus cinco componentes (Entorno de control, Evaluación de riesgos, Actividades de control, Información y comunicación, Supervisión) y podría ser incorporado como **referente en una norma distinta a la**

penal que los positivizara, cristalizando ese consenso de forma normativa a la que pudiera referirse la norma penal para integrar la tipicidad.

6. La actuación típica culpable de la persona jurídica que se propone posee la siguiente formulación:

6.1 **La actuación de la organización empresarial es la combinación, para el momento considerado, del estado de tres realidades:**

- **La actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.**
- **La actividad interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.**
- **La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control consolidada por los mismos.**

6.2 **La actuación de la organización empresarial será típica si reúne cuatro condiciones:**

- **Si existe una acción delictiva de una persona física que sea una actividad de transacción externa o una actividad interna de la organización empresarial, y le pudiera haber generado o le haya generado un beneficio a los propietarios de la organización empresarial.**
- **Si es un delito que pueda generar responsabilidad penal de la persona jurídica.**
- **Si no todos los propietarios de la organización pueden ser considerados responsables penales de las conductas delictivas que se estén considerando.**
- **Si la actividad de control interno consolidada en el momento de la actuación delictiva, no ha integrado los requerimientos exigidos por el Código Penal.**

6.3 La actuación empresarial típica será culpable en función de dos variables:

- **La previsibilidad: Si la acción delictiva de la persona física fuera previsible y evitable de haberse desarrollado los requerimientos de control interno previstos exigidos por en el Código Penal.**
- **La gravedad: la intensidad de la diferencia entre el estado de las medidas de control interno existentes en el momento en el que se produce la acción de la persona física, y el estado que exigiera el Código Penal**

6.4 La actuación típica de la organización empresarial es siempre antijurídica. No prevé el ordenamiento jurídico situaciones en las que deba excluirse, por razones objetivas, la imposición de penas a la actuación típica de la organización empresarial, por lo que la actuación de la organización empresarial típica será siempre antijurídica y, por lo mismo, esta categoría propia de las teorías del delito de la persona física es descartable para las personas jurídicas.

7. La propuesta de lege ferenda que se alcanza desde la anterior formulación de la actuación de la organización empresarial supone modificar, exclusivamente, el art. 31 bis CP y, parcialmente, el art. 31 ter.1 CP.

❖ TERCERA PARTE

I. Planteamiento de la tercera parte de la Investigación

La tercera parte de la investigación contrasta si el modelo de actuación penal de las personas jurídicas expuesto y la propuesta de *lege ferenda* construida sobre esa formulación, respetan y potencian los derechos fundamentales de la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal, descritas en la parte primera de esta investigación, siguiendo el mismo esquema analítico y comprobando el resultado del contraste de los modelos de actuación penal y de tipicidad propuestos con cada una de las dimensiones de los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

II. Derechos y libertades fundamentales sustantivos relacionados con la responsabilidad penal de la persona jurídica

A. Igualdad ante la Ley y no discriminación

1. Siendo las personas físicas y personas jurídicas sujetos con evidentes características distintas, la diferencia en el tratamiento de su responsabilidad penal por el legislador está plenamente justificada (poseyendo como origen el ordenamiento jurídico comunitario).

2. En relación a la diferencia de tratamiento legal penalmente distintas personas jurídicas:

- La propuesta de actuación penal planteada no recoge diferencia alguna en la conceptualización de la actuación de las personas jurídicas, por lo que dicha teoría de la actuación de las personas jurídicas no afectaría al principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

- La propuesta de tipicidad planteada si recoge tres propuestas diferentes de **tipicidad** para las personas jurídicas en función de:

  (1) La composición y heterogeneidad de la propiedad de las personas jurídicas.
  (2) El volumen de la actividad de contratación de la empresa;
  (3) La actividad corporativa de la empresa.
  (4) Las exigencias específicas de control interno que contenga el ordenamiento jurídico para cada específica persona jurídica.

Para fijar los tres sistemas de requerimientos distintos de tipicidad, se ha seleccionado, además del criterio legal (los requerimientos específicos de control interno que existan) otro que se ha considerado alineado con los factores que hacen aparecer y tener que considerar los costes de propiedad: **la exigencia de la auditoría de cuentas de las personas jurídicas.**

Así, el distinto tratamiento de la tipicidad se alinea en las distintas exigencias normativas de control interno que el ordenamiento jurídico ya efectúa, y selecciona el criterio de auditoría de cuentas (que ha de revisar esos elementos de control interno) para determinar las tres tipicidades:

- La de aquellas mercantiles que poseen requerimientos legales específicos;
- La de las sociedades mercantiles auditadas (art. 263 LSC); y
- La de las restantes.

3. En el plano de la valoración de la actuación judicial de aplicación de la anterior norma, la tesis propuesta de la actuación penal de la organización empresarial adquiere especial importancia, **por generar la homogeneidad en la valoración de la norma y su aplicación a la realidad (consenso constitutivo):**

- **Todo Juez o Magistrado** debería **tener en cuenta tres realidades** para valorar adecuadamente la actuación penal de una organización empresarial:

    - La actividad de transacción externa de la empresa, desarrollada para alcanzar beneficios de los propietarios;
    - La actividad interna o corporativa de la empresa, desarrollada para alcanzar beneficios de los propietarios;
    - La composición de la propiedad y la actividad de control interno desplegada para controlar y condicionar la actividad de transacción externa y la actividad interna o corporativa de la empresa.

- Si se puede considerar como responsables penales de las actividades delictivas a los propietarios de la organización empresarial, **no será pertinente considerar la actuación de la organización empresarial, al ser acumulable todo el reproche a la actuación desplegada en la pena de las personas físicas.**

    - Las medidas cautelares pueden alcanzar a las propias participaciones (patrimonialmente) y a la intervención judicial[2664], así como al decomiso de los instrumentos o efectos del delito.
    - Las penas y la responsabilidad civil de las personas físicas pueden alcanzar a la organización empresarial a través de a la ejecución de las propias participaciones de la organización empresarial y, con las mismas (y desde el control de la organización propio del supuesto que se contempla), adoptar cualquiera de las decisiones equivalentes a las penas de las personas jurídicas.

- Si la actividad delictiva no alcanza la responsabilidad penal de todos los propietarios, **deberá considerarse la potencial responsabilidad penal de la organización si dicha actividad delictiva pudiera haber generado o hubiera generado efectivamente beneficios a los propietarios**:

[2664] Art 33.7 CP.

- Dicha concurrencia del potencial o efectivo beneficio a los propietarios derivado de la actuación delictiva, debe valorarse mediante la correlación del delito con la **mejora de los resultados de las operaciones, su cotización, el valor de sus acciones o participaciones o el resultado de su potencial liquidación**.
- Si la actividad de transacción externa o la actividad interna/corporativa de la empresa constitutiva de delito no era potencial o efectivamente generadora de beneficios a los propietarios, **la responsabilidad penal de la organización podrá descartarse.**

- En un contexto de imposibilidad de control directo de los propietarios (que se pierde conforme se incrementa el número y la heterogeneidad de propietarios, la cantidad de transacciones externas y la actividad corporativa), la actuación de la organización empresarial alcanza al conjunto de medidas adoptadas por la propiedad para controlar y condicionar la actividad de transacción externa y la actividad interna o corporativa de la empresa que debe generarle beneficios. La actuación de la organización empresarial debe valorarse **contrastando la actividad de control interno que se considere desplegada con los requerimientos de control interno que determine el tipo delictivo**:

  - Los requerimientos deberán estar delimitados en el tipo directamente o por referencia a normas en las que estén preestablecidos.
  - Si no existe incumplimiento de los requerimientos de control interno, la conducta será atípica.
  - Si existe incumplimiento de requerimientos de control interno:
    - Y el haberlos desarrollado hubiera impedido la actividad de transacción o interna/corporativa delictiva, la actuación de la organización empresarial será generadora de responsabilidad penal (al ser previsible y evitable el resultado).
    - Pero si el haberlos desarrollado no hubiera impedido la actividad de transacción o interna/corporativa delictiva, la actuación de la organización empresarial no será generadora de responsabilidad penal (al no ser previsible o evitable el resultado).

- El marco de referencia e interpretativo de la tipicidad sobre qué y cómo deba ser el control interno, podrá integrarse en una norma no penal y, mientras eso suceda, acudir a la metodología COSO (2013) Control Interno, que es el referente de valoración del control interno tenido en cuenta por la comunidad empresarial y la auditoría de cuentas (privadas y públicas) a nivel mundial y cuyo contenido es válido tanto para la Comisión Europea como para cualquier pyme.

4. Una consideración homogénea por el poder judicial de la anterior teoría de la actuación de la organización empresarial y su aplicación en el proceso de depuración de la responsabilidad penal de las mismas, **reduciría considerablemente la dispersión de razonamientos aplicados en esa tarea en función del concreto Juzgador competente (además de poder eliminarse esa dispersión con ocasión de los recursos con el mismo referente).**

En consecuencia, se considera que la teoría de la actuación penal propuesta contribuye a reforzar el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas jurídicas con ocasión de los procedimientos penales que deban afrontar tanto en el plano legislativo como de actividad judicial.

B. Derecho fundamental a la propiedad

La teoría de la actuación de la organización empresarial propuesta carece de afectación directa sobre el derecho fundamental a la propiedad, sin que tampoco la propuesta de tipicidad varíe, en nada, las posibles penas que si poseen afectación sobre ese derecho (multa).

Sin embargo, sí se considera que la teoría de la actuación empresarial propuesta aumenta la previsibilidad de la norma penal y el resto de derechos fundamentales y garantías procesales de la organización empresarial en el proceso penal, la potencial privación de la propiedad asociada a una medida cautelar o a la imposición de la pena de multa sí resultaría de un proceso más racionalmente depurado y, por lo mismo, el derecho fundamental a la propiedad resultaría indirectamente reforzado frente a perturbaciones judiciales legalmente previstas (en los términos del TEDH).

Nos encontraríamos ante situaciones análogas a las de motivación reforzada exigidas por el TC a las resoluciones fundadas en derecho propias de la tutela judicial efectiva, cuando las decisiones poseen afectación a derechos fundamentales sustantivos[2665]. Esa motivación encontraría los referentes para su refuerzo en la teoría de la actuación penal de la organización empresarial propuesta.

Se considera por tanto que la teoría de la actuación penal propuesta resulta directamente inocua para el derecho fundamental a la propiedad, pero que indirectamente incrementa las garantías frente a perturbaciones en el mismo con ocasión de los procedimientos penales, por aumentar las garantías procesales y por poner a disposición de los propietarios de las organizaciones una opción a materializar desde la libertad de empresa para protegerse frente a esas potenciales perturbaciones: el desarrollo de las medidas de control interno contenidas en el tipo.

C. Libertad de empresa

1. Como se señala en la primera parte de la tesis, la configuración de la libertad de empresa alcanza a:

- La libertad para ejercer una actividad económica o mercantil.

[2665] No se desconoce que no es un derecho fundamental para el ordenamiento español, pero si se encuentra integrado en el CEDH y en la CDFUE.

- El derecho a poder disponer libremente de sus recursos económicos, técnicos y financieros.
- La libertad de establecimiento.
- La libertad contractual.
- La libre competencia.

De nuevo, la teoría de la actuación de la organización empresarial propuesta carece de afectación directa sobre el derecho fundamental a la libertad de empresa desde la perspectiva de las penas, sin que tampoco la propuesta de tipicidad varíe, en nada, las posibles penas que sí poseen afectación sobre ese derecho[2666].

2. Pero la teoría de la actuación de la organización empresarial propuesta sí recoge una potencial limitación al derecho a poder disponer libremente de sus recursos económicos, técnicos y financieros, **al señalar la necesidad de atajar los costes de propiedad a través del control interno.**

Esta necesidad se encuentra determinada normativamente, y la propuesta de actuación penal de la organización empresarial no incorpora ninguna obligación específica de desarrollar medida alguna de control interno sino exclusivamente la referencia a que uno de los componentes de la teoría de la actuación de la organización empresarial es el control interno, como realidad del mundo empresarial utilizada para conseguir los objetivos de la empresa.

La tipicidad propuesta sí incorpora determinados elementos de control interno pero que, de nuevo, no son de obligatoria implementación, **sino el estándar de conducta exigida para evitar que la empresa pueda obtener beneficios de actividades delictivas.**

Pero la organización empresarial conserva la libertad de acometerlos o no (por ejemplo por tener la garantía, de otra forma, de que no se obtiene beneficio alguno de actividades delictivas).

3. Se considera por tanto que la teoría de la actuación penal propuesta resulta directamente inocua para el derecho fundamental a la libertad de empresa, aun cuando indirectamente aumente las garantías, frente a sus limitaciones, tanto por el incremento de las garantías procesales como por poner a disposición de los propietarios de las organizaciones una opción a materializar instrumentos, desde la libertad de empresa, para protegerse frente a esas potenciales consecuencias del proceso penal sobre la misma.

[2666] Disolución de la persona jurídica; Suspensión de sus actividades; Clausura de sus locales y establecimientos; Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; Intervención judicial.

D. Derecho fundamental al respeto de la vida privada, al domicilio, las comunicaciones y la correspondencia.

La teoría propuesta carece de afectación sobre los anteriores derechos.

E. Derecho fundamental a la legalidad sustantiva de los delitos y de las penas, irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables.

1. Aplicabilidad/compatibilidad de la teoría de la actuación penal propuesta con la normativa europea de responsabilidad de las personas jurídicas y con la actual tipicidad española.

1. La normativa europea fue la primera en exigir, para determinadas materias[2667], que los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas pudieran ser responsables de los delitos cometidos en su provecho o beneficio[2668] por cualquier persona que tuviera una posición directiva[2669] en la persona jurídica o por cualquier otra persona que, sometida a la autoridad de las anteriores, hubiera podido cometer el delito por falta de vigilancia o control, señalando a su vez las posibles penas o sanciones a imponer a las personas jurídicas consideradas responsables.

Esta exigencia a los Estados miembros debe transformarse a una tipicidad concreta en cada jurisdicción, bien sea penal o administrativa sancionadora.

La teoría de la actuación penal de las organizaciones empresariales propuesta resulta absolutamente compatible con los mandatos del legislador europeo, pues engloba sus exigencias de tipificación de la actuación en provecho de la persona jurídica pero no diferenciando entre los sujetos, sino entre las actividades resultantes de la contratación (externa) y de la actividad corporativa (interna), **estando ambas sometidas al control interno.**

La falta de vigilancia y control no sólo puede producirse sobre los sometidos a la autoridad de los directivos, sino (principalmente) sobre los propios **directivos y administradores**, **cuya actuación también debe quedar sometida al control**

[2667] Desde el Art. 3 del Segundo Protocolo, de 19 de junio de 1997 establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas hasta el art. 10 de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo.

[2668] Ver al respecto, además de las referencias de la primera parte de la Tesis, las interesantes cuestiones apuntadas sobre las diferencias de traducción de unos mismos instrumentos normativos europeos mostradas por RAGUÉS Y VALLÉS en "la actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal", Marcial Pons, Madrid, 2017, págs., 51 y ss.

[2669] basada en:
a) un poder de representación de la persona jurídica;
b) la facultad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica;
c) la facultad para ejercer el control en el seno de la persona jurídica.

interno <u>como medida de solución de los costes de propiedad que garanticen el alcance de beneficios legales de los propietarios.</u> Por ello, cualquier actuación delictiva de administradores, directivos o empleados que genere beneficios a los propietarios, queda abrazada por la conceptuación de la actuación penal propuesta.

La propuesta de actuación penal de las organizaciones empresariales integra las exigencias del legislador europeo (las personas jurídicas serán responsables del provecho alcanzado por la actuación delictiva de directivos y empleados), y las complementa con el resto de exigencias derivadas de los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

2. La tipificación de la responsabilidad penal contenida en la parte general de nuestro Código penal resulta a su vez completamente abrazada por la propuesta de actuación penal de la persona jurídica (si bien no se considera que dicha propuesta de tipicidad sea la que maximice los derechos fundamentales de la persona jurídica, y por ello se ha propuesto una modificación).

2.1 Volviendo a la compatibilidad de la tesis propuesta con la tipicidad existente, de acuerdo con el Código penal (art. 31 bis 1 CP), la persona jurídica será responsable en los términos establecidos por la normativa europea, esto es, por los delitos cometidos por las personas con autorización para tomar decisiones o que ostentan facultades de organización y control y por quienes, sometidos a la autoridad de los anteriores, hayan podido cometernos por falta de vigilancia y control.

Se da por reproducido en este punto lo señalado en las líneas precedentes para las exigencias normativas europeas, y la compatibilidad de la teoría de la actuación penal propuesta con las mismas.

2.2 El Código penal complementa lo anterior declarando la inexistencia de responsabilidad en caso de que se hubieran acometido, antes de la comisión del delito, determinadas actuaciones por la persona jurídica **diferenciando entre los supuestos de los delitos cometidos por directivos y los supuestos cometidos por empleados.**

Partiendo de que **<u>esta diferenciación me parece ineficiente</u>**[2670] **<u>y, además, carente de lógica</u>**[2671] [2672]**,** ambas posibilidades quedan abrazadas por la teoría de la actuación penal propuesta:

[2670] Diferenciar donde no hace falta es antieconómico: los sistemas de control interno alcanzan a ambas actividades, que están relacionadas, y que se acometen de forma transversal y común a lo largo, por ejemplo, de los 5 componentes y 17 principios de COSO (2013).
[2671] Sobre su origen y sentido en los arts. 6 y 7 del Decreto Legislativo 231/2001 italiano clonado por el legislador español, acudir a DOPICO GOMEZ-ALLER (2023).
[2672] Si el delito es cometido por una persona sometida a la autoridad de los directivos, no se exigiría:
1. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado.
2. Que, además, esa supervisión hubiera sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

a) La actuación de la organización empresarial es la combinación, para el momento considerado, del estado de tres realidades:

- La actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La actividad interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control interno consolidada por los mismos.

La actividad de los administradores, directivos o de aquellos sometidos a la autoridad de los anteriores queda abrazada por los hechos a considerar como integrantes de la actuación de la persona jurídica (actividad de transacción externa y/o actividad interna), y la existencia de modelos de organización y gestión que resulten adecuados para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión son los hechos a considerar como actividad de control interno consolidada.

b) La actuación de la organización empresarial será típica:

- Si existe una acción delictiva de una persona física que sea una actividad de transacción externa o una actividad interna de la organización empresarial, y le pudiera haber generado o le haya generado un beneficio a los propietarios de la organización empresarial.
- Si es un delito que pueda generar responsabilidad penal de la persona jurídica.
- Si no todos los propietarios de la organización pueden ser considerados responsables penales de las conductas delictivas que se estén considerando.
- Si la actividad de control interno consolidada en el momento de la actuación delictiva, no ha integrado los requerimientos exigidos por el Código Penal.

El primero de los componentes de la tipicidad propuesta es totalmente compatible con el texto de la norma, ya que **cualquier beneficio directo o indirecto de la persona jurídica lo genera para los propietarios (no así al revés). La falta de definición legal de lo que deba considerarse beneficio directo o indirecto permite que el mismo, además, sea interpretado conforme a la tipicidad propuesta (beneficio indirecto), si bien se entiende que un nuevo tipo debería integrarlo en los términos propuestos.**

En relación al segundo de los componentes, es compatible con la actual realidad del Código penal de la existencia de delitos que, aun cuando generara beneficios para la persona jurídica, carece de pena a imponer por lo que no generará responsabilidad penal.

3. Que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y
4. Que no se hubiera producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de supervisión.

En relación al tercero de los componentes, el Código recoge la necesidad de consideración del hecho propio para la no imposición de sanciones por el mismo hecho señalando que "*cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos*", pero lo hace en referencia a los administradores, directivos y personas sometidas a la autoridad de las anteriores, **no lo hace en relación a los propietarios, sobre los que nada alude (a no ser que coincidan con los administradores o directivos).** Así, el tercero de los elementos señalados como integrantes de la actuación típica sería plenamente aplicable y compatible con el Código penal vigente.

El cuarto de los elementos de la tipicidad propuesta requiere partir de la superación efectuada por la Sala Segunda de la interpretación literal del 31 bis CP (quedar exento). Desde ese parámetro valorativo (los elementos de los sistemas determinados por el Código serían elementos de la tipicidad y referentes para la culpabilidad, ver a continuación), **el mismo es plenamente compatible con el contenido del art. 31 bis, al que se refiere y remite expresamente: los elementos de control interno son los que especifique el Código Penal.**

c) La actuación empresarial típica será culpable cuando la actividad de transacción externa o la actividad interna consolidada que haya dado lugar a la puesta en peligro o lesión de algún bien jurídico en la forma prevista por el Código Penal y le haya generado un beneficio a los propietarios, fuera previsible y evitable de haberse desarrollado los requerimientos de control interno previstos en el Código Penal.

El Código penal señala que los sistemas serán válidos si se han adoptado con los requisitos por él especificados y ejecutado con eficacia, si sirven para prevenir los delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de la comisión de delitos (es decir, que no tiene por qué haberse evitado el delito).

Así, a la comprobación de la concurrencia de los elementos de los sistemas de control interno de la tipicidad[2673] se le acumula un componente valorativo, y es

[2673] 1. Adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión que:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan

que el resultado fuera previsible y evitable, tal y como recoge la culpabilidad de la teoría de la actuación penal propuesta (y se analiza a continuación como componente específico del principio de legalidad).

3. La teoría de la actuación penal de las organizaciones empresariales resulta, por tanto, plenamente compatible y aplicable sobre la tipicidad actual de nuestro Código penal, que recoge a su vez las exigencias de responsabilidad de las personas jurídicas formuladas por el legislador Europeo a los Estados miembros.

2. Previsibilidad de la norma penal.

Tal y como ha sido señalado con ocasión del análisis del principio de igualdad en la aplicación de la norma por la actividad judicial, al poder abordar el Juez o Magistrado el enjuiciamiento de unos hechos desde unos parámetros típicos e interpretativos claros y garantizadores de la no arbitrariedad, **los que se han denominado destinatarios de la norma penal pueden de la misma forma conocer aquello que les puede generar una responsabilidad de tal naturaleza, siendo tales destinatarios los propietarios de las empresas** y, en segundo grado, las propias organizaciones empresariales, es decir, todas las personas físicas cuyas relaciones las integran: propietarios, administradores, directivos, empleados, proveedores, acreedores, deudores, partners, etc.

Con la propuesta de actuación de las organizaciones empresariales y de tipicidad planteada, estas personas pueden saber en cualquier momento:

- Que todo Juez o Magistrado en trance de valorar la actuación penal de una organización empresarial tendrá en cuenta las tres realidades tan reiteradas:

    - La actividad de transacción externa de la empresa, desarrollada para alcanzar los beneficios de los propietarios;
    - La actividad interna o corporativa de la empresa, desarrollada para alcanzar los beneficios de los propietarios;
    - La composición de la propiedad y la actividad de control interno desplegada para controlar y condicionar la actividad de transacción externa y la actividad interna o corporativa de la empresa.

- Que si la actividad de transacción externa de la empresa o su actividad interna/ corporativa de la empresa han puesto en peligro o lesionado un bien jurídico en la forma típica prevista en el Código Penal, un Juez o Magistrado

cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.
2. Que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
3. Que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
4. Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de supervisión.

considerará la potencial responsabilidad penal de la organización **si dicha actividad pudiera haber generado o hubiera generado efectivamente beneficios a los propietarios mejorando los resultados de las operaciones, su cotización, el valor de sus acciones o participaciones o el resultado de su potencial liquidación**.

- Si los propietarios pierden (por características de la empresa o por cederla a otro propietario) la capacidad de control directo de las transacciones externas y de actividad interna o corporativa**, sabrán que el Juez o Magistrado valorará el conjunto de medidas adoptadas para controlar y condicionar la actividad de transacción externa y la actividad interna o corporativa de la empresa que debe generarle beneficios,** contrastando la actividad de control interno que se considere desplegada con los requerimientos de control interno que determina el tipo:

    - Los requerimientos estarán delimitados en el tipo directamente o por referencia a normas en las que estén preestablecidos, pudiendo saber el propietario y el resto de destinatarios de la norma que el Juez o Magistrado estará atento:
        - A los requerimientos de control interno que la normativa extrapenal establezca.
        - A los requerimientos de control interno fijados por el Código Penal.
    - Si no existe incumplimiento de los requerimientos de control interno, no existirá responsabilidad penal de la organización empresarial.
    - Si existe incumplimiento de requerimientos de control interno:
        - Y el haberlos desarrollado hubiera impedido la actividad de transacción o interna/corporativa delictiva, **los destinatarios de la norma penal sabrán que la actuación de la organización empresarial será generadora de responsabilidad penal.**
        - Pero si el haberlos desarrollado no hubiera impedido la actividad de transacción o interna/corporativa delictiva, **los destinatarios de la norma penal sabrán que la actuación de la organización empresarial no será generadora de responsabilidad penal.**

    El criterio indicativo de la necesidad de adopción de medidas de control interno lo constituye el haber alcanzado un nivel de transacciones y de actividad interna que exige la verificación de las cuentas anuales por un Auditor externo independiente. El propietario y el resto de destinatarios de la norma pueden saber que ese significativo hecho hace que los requerimientos de control interno a los que estará atento el Juez o Magistrado aumentan en la forma especificada por el Código Penal.

- Además, los destinatarios de la norma penal sabrán que el marco de referencia e interpretativo sobre qué sea el control interno y qué lo componga podrá integrarse en una norma legal no penal y, mientras eso suceda, **deberá encontrarse en la metodología COSO (2013) Control Interno, que es el**

referente de valoración del control interno tenido en cuenta por la auditoría de cuentas a nivel mundial.

Una consideración homogénea de la teoría de la actuación de la organización empresarial (sus tres elementos) y de la actuación penal (actuación típica y culpable) como las propuestas aplicada sobre el texto del Código Penal vigente o aplicable (en su redacción actual o en la propuesta, siendo compatible con ambas), **aumentaría la previsibilidad de la norma penal afectante a las organizaciones empresariales**.

Así, los propietarios de una organización empresarial (y el resto de aquellos con los que la organización mantiene relaciones internas y externas) pueden saber (y exigir), de qué forma los costes de la propiedad deben encontrarse resueltos en función de la actuación de la organización empresarial de que se trate, conociendo (sin mayor variabilidad que lo que pueda suceder para la persona física) bajo qué concretos supuestos podrían ser responsables penales.

3. Responsabilidad por el hecho propio.

1. A lo largo de toda la investigación se ha hecho referencia a la necesidad de identificar una teoría de la actuación de las organizaciones empresariales distinta a la de las personas físicas, lo que se considera que se ha alcanzado: nos ocupan las actuaciones generadoras del contexto (y por tanto necesariamente previas) en el que se produce e integra la actuación delictiva de la persona física considerada.

2. La actuación empresarial sería la combinación, para el momento considerado, del estado de tres realidades:

- La actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La actividad interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control interno consolidada por estos.

3. Si todos los propietarios son los que protagonizan la actuación delictiva y son responsables penales:

- La composición de la propiedad **SÍ** es valorada para generar la responsabilidad penal del propietario; y
- La actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios y esos beneficios **SÍ** son valorados para generar la responsabilidad penal del propietario; y/o
- La actividad interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios y esos beneficios **SÍ** son valorados para generar la responsabilidad penal del propietario; y
- La actividad de control interno consolidada (incompatible con la actuación delictiva del propietario), **SÍ** es valorada para generar la responsabilidad penal del propietario.

Así, lo que se ha definido como actuación de la organización empresarial se solaparía con la conducta del Propietario y no existiría responsabilidad por no existir el hecho propio.

4. Si ninguno o no todos los propietarios son los que protagonizan la actuación delictiva y, por tanto, existen propietarios que no son responsables penales:

- La **composición de la propiedad** en su conjunto **NO** es valorada para generar la responsabilidad penal de la persona física.
- La actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios **Sí** es valorada para generar la responsabilidad penal de la persona física, **pero el beneficio potencial o real de los propietarios con la anterior actividad NO es valorado para generar la responsabilidad penal de la persona física.**
- La actividad interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios **SI** es valorada para generar la responsabilidad penal de la persona física, **pero el beneficio potencial o real de los propietarios con la anterior actividad NO es valorado para generar la responsabilidad penal de la persona física.**
- La **actividad de control interno consolidada, NO** es valorada para generar la responsabilidad penal de la persona física.

Así, lo que se ha definido como actuación de la organización empresarial:

- Sería autónoma con respecto a la conducta del Propietario.
- Sería autónoma con respecto a la conducta del responsable penal persona física.

Alcanzándose así una imputación por un hecho propio de la actuación de la organización empresarial que, de no considerarse como probada, no daría lugar a la responsabilidad penal.

5. Esto es **válido** tanto para propietarios personas físicas, como **para propietarios personas jurídicas.**

En los casos de los grupos de empresas (en los que una sociedad domina el capital de otras empresas que acumulan actividades diferenciadas -por ser las estructuras económicamente más eficientes-) o de sociedades controladas por otras en su mayoría, se puede plantear el problema de cuál haya de ser la organización empresarial a considerar desde, de nuevo, la responsabilidad por el hecho propio y la prohibición de consideración del mismo hecho para sancionar dos veces (en este caso a dos personas jurídicas o a personas físicas y jurídicas).

Una vez más la teoría de la actuación propuesta aporta luz al respecto desde el análisis de los tres tantas veces reiterados componentes de la actuación de la organización empresarial:

- Relación entre la actividad delictiva y la actividad externa e interna consolidada por la sociedad dominante para alcanzar beneficios.

Si la sociedad dominante y la dominada no mantienen transacciones externas entre sí y no comparten actividad corporativa que puedan haber generado a la dominada un beneficio asociado a la actividad delictiva (son independientes), el hecho propio a considerar será el de la sociedad dominada.

En caso contrario, se podrá considerar la actuación de ambas de acuerdo con la composición de la propiedad y la actividad de control interno consolidada.

- La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control interno consolidada.

Si la relación entre ambos hechos propios debe valorarse, de nuevo es el injusto planteado el que conduce a la solución:

- Si el 100% del capital de la sociedad dominada es de la sociedad dominante (alcanza todos los potenciales beneficios), habrá de analizarse, en primer lugar, la potencial responsabilidad penal de la sociedad dominante (de acuerdo con sus específicos requerimientos de control interno -alcance y contenido-):
    - Si se alcanza la responsabilidad penal de la organización dominante, ese hecho propio es el único a considerar y la responsabilidad penal debería concentrarse en ella.
    - Si no se alcanza la responsabilidad penal de la organización dominante, la potencial responsabilidad penal se concentraría en la sociedad dominada.
- Si la sociedad dominante no es el propietario del 100% de las participaciones, la responsabilidad de ambas será compatible.

6. Además nada impediría que distintas organizaciones empresariales que se hubieran beneficiado de la conducta delictiva de otra organización empresarial a través de sus transacciones externas con ella (por ejemplo un proveedor que no pagara impuestos, vendiendo a precios muy por debajo de mercado a varias organizaciones empresariales), fueran declarados a su vez responsables penales a través de la valoración de la actuación penal de cada una de las organizaciones empresariales necesariamente distintas:

- En la actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios;
- En la composición de la propiedad y en la actividad de control interno desplegada por cada una de las organizaciones:
    - De la actividad interna para la persona física del proveedor.
    - De la actividad de transacción externa para quien contrata al proveedor a precio bajo.

7. **Así la teoría de la actuación penal propuesta permite individualizar de forma completa del hecho propio de cada organización empresarial a través del hecho de conexión, diferenciándolo del hecho propio de cualquier persona física y del hecho propio de cualquier otra organización empresarial.**

4. Culpabilidad.

1. La prohibición de imposición de penas de forma objetiva define fundamentalmente la culpabilidad, que requiere, además de esa constatación de la infracción de la vertiente objetiva de la norma penal, de **la valoración de la relación que haya tenido el sujeto con la expectativa de conducta obligada por la norma o de resultado prohibido de la norma (conocimiento) y de su propia voluntad de actuación, en el contexto en el que se produzca la actuación delictiva**.

La determinación de esos componentes mentales nucleares para la valoración de la culpabilidad de la persona física (ocultos para los demás), se alcanza valorando la actuación de la persona física en un determinado contexto, alcanzando conclusiones sobre esos componentes internos del pensamiento y la voluntad de la persona física que dan lugar a las distintas formas de culpabilidad y a la modulación de la penalidad de la actuación de la persona física.

2. A diferencia de las personas físicas, no es posible considerar un hecho (o conjuntos de hechos) que permitan alcanzar una conclusión sobre **qué pensó** la organización empresarial con respecto a la expectativa de conducta de la norma y con respecto a **qué decidió** que fuera su actuación, por lo que la superación de la responsabilidad objetiva mediante la valoración de la culpabilidad de las organizaciones empresariales debe ser algo distinto de la valoración de la culpabilidad que se pida a las personas físicas (qué conocimiento tenía de la norma, qué pensó y qué decidió).

Nada parece poder objetarse a que se pueda valorar de forma individualizada para cada organización empresarial en base a lo que se ha definido como la actuación de la organización empresarial y desde su obligación general de cumplimiento normativo:

- **Si las expectativas de actuación de la norma hubieran generado, en las circunstancias concretas, un contexto que hubiera evitado la conducta delictiva de la persona física.**
- **Cuál fuera la intensidad del incumplimiento o apartamiento de la actuación empresarial de las expectativas de conducta de la norma, en relación a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico acontecido.**

Y, desde lo anterior, lo que no sería tan distinto para la persona física y para la organización empresarial sería la epistemología procesal posible para valorar y

alcanzar o descartar la culpabilidad[2674]: **la prueba de la actuación que hubieran protagonizado una y otra en un determinado contexto, que siempre sería única y distinta a las de otras personas físicas y otras organizaciones empresariales.**

4. Partiendo de la concurrencia de lo que se ha definido como una actuación típica de la organización empresarial, se pueden identificar los siguientes escenarios de **distinta culpabilidad de la organización empresarial:**

- Si la actividad delictiva interna o externa generadora de beneficio no era, en las concretas circunstancias, previsible con la implementación de las medidas de control interno legalmente exigibles, **no existiría posibilidad de actuación distinta que evitara la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, por lo que concurriendo la tipicidad, no concurriría culpabilidad, procedería la absolución y se superaría la responsabilidad objetiva.**

- Si la actividad delictiva interna o externa generadora de beneficio era previsible pero, en las concretas circunstancias, no evitable con la implementación de las medidas de control interno legalmente exigibles, **no existiría posibilidad de actuación distinta que evitara la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, por lo que concurriendo la tipicidad, no concurriría culpabilidad, procedería la absolución y se superaría la responsabilidad objetiva.**

- Si la actividad delictiva interna o externa generadora de beneficio era previsible y evitable con la implementación de las medidas de control interno legalmente exigibles que se habrían incumplido (si no la actuación no sería típica) y no fue evitada, **existiría posibilidad de actuación distinta que evitara la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, concurriría culpabilidad y procedería la declaración de responsabilidad (objetiva y subjetiva).**

Y en el marco de la previsibilidad y la evitabilidad concreta que se determine para los hechos contemplados con la implementación de las medidas de control interno legalmente exigibles que se habían incumplido, **existirían factores que permitirían modular la culpabilidad a partir de la concreta actuación desplegada por la organización empresarial (única y distinta a cualquier otra) en contraste con lo exigido por la legislación penal, por ejemplo:**

  - La inexistencia de actividad de control interno.
  - La intensidad de la deficiencia en la actividad de control interno relacionada con el resultado delictivo, pudiendo concretarse en:
    - Deficiencias de actuaciones de Entorno de control.

[2674] "*Las dificultades que se reconocen en la prueba del elemento subjetivo para las personas jurídicas se encuentra igualmente cuando se trata de personas físicas. El Juez no puede introducirse en la mente del infractor, menos aún cuando el hecho se ha cometido con anterioridad al proceso. El elemento subjetivo sólo permite la prueba por indicios y tiene una definición negativa. Decimos que el hecho es voluntario cuando es "espontáneo" en el sentido de que no se puede imputar a fuerzas externas o internas del propio infractor. Estas consideraciones son igualmente aplicables al elemento subjetivo exigible a la persona jurídica*", BAJO FERNÁNDEZ (2016) pág. 49.

- Deficiencias de Actuaciones de Evaluación de riesgos.
- Deficiencias de Actuaciones de Control.
- Deficiencias de Actuaciones de Información y Comunicación.
- Deficiencias de Actuaciones de Supervisión.

La modulación de la culpabilidad permitiría alcanzar racionalmente una proporcionalidad de la pena dentro del marco penal del delito concreto considerado, sin necesidad de acudir a categorizaciones o formas de culpabilidad de la persona jurídica[2675].

8. **Se considera que la teoría de la actuación penal propuesta permite evitar la responsabilidad objetiva en caso de incumplimiento de las previsiones de control interno e individualizar la culpabilidad de cada organización empresarial en base a su hecho propio que puede ser objeto de prueba, permitiendo una individualización de la pena proporcional a dicha culpabilidad.**

5. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles ¿no extinción de la responsabilidad penal pese a extinguirse la personalidad jurídica?

Deben ser considerados los supuestos de modificación estructurales y de disolución y liquidación de la organización empresarial que se producen tras la actuación típica y culpable de la organización y antes de haberse cumplido las penas que correspondieran.

1. Las operaciones de modificación estructurales de las sociedades mercantiles[2676] son:

- **Transformación:** Una sociedad mercantil inscrita podrá transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil.
- **Fusión:** dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

[2675] Que debe partir de la inexistencia de responsabilidad penal de los propietarios y, por tanto, se acercaría, utilizando las formas de culpabilidad de la persona física, a un marco de imprudencia -no búsqueda del resultado alcanzado-; pero también es cierto que la falta de responsabilidad de los propietarios pueda ser el resultado, en muchas ocasiones, de una falta de prueba de su responsabilidad directa aunque sea evidente (por la falta de medidas de control o por la extensión en el tiempo) que se buscaba obtener réditos de actividades delictivas, lo que, utilizando las formas de culpabilidad de la persona física, nos acercaría al marco doloso -búsqueda del resultado alcanzado-. Pero esa categorización ni es necesaria (el código no diferencia entre conductas dolosas o imprudentes de las personas jurídicas y se puede aplicar la racionalidad en la proporcionalidad de la pena a imponer mediante los referentes propuestos), ni desde luego aplicable a las personas jurídicas, por lo señalado en las líneas previas, aunque si puede valorarse la actuación desplegada desde el estado de sus tres componentes en relación a la norma (tipicidad) y en relación a la previsibilidad y evitabilidad de las actividades externas o internas delictivas generadoras de beneficios a través de su cumplimiento normativo (culpabilidad).

[2676] L 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

- **Escisión total:** extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.
- **Segregación:** traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.
- **Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio:** operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria.
- **Cesión Global de activo y pasivo:** Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación.
- **Disolución y liquidación:** la disolución de la sociedad abre el período de liquidación, conservando la personalidad jurídica mientras la misma se desarrolla.

De las anteriores, el Código Penal prevé[2677] la transformación, la fusión, la absorción y la escisión sin referencia a la segregación, ni a la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio ni a la cesión global de activo y pasivo.

Para estos supuestos, el Código Penal prevé que no se extinga su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión, pudiéndose moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

En cuanto a la disolución, señala que no extinguirá la responsabilidad penal la encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, esto es, cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

2. Las penas de las personas jurídicas que pueden estar pendientes de imposición y/o ejecución entre el momento de la actuación penal de la organización empresarial y de su extinción son[2678]:

[2677] Art. 130.2 CP.
[2678] Art. 33.7 CP.

- Multa.
- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades.
- Clausura de sus locales y establecimientos.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- Intervención judicial.

Estas penas, como se vio en la primera parte de la investigación, afectan a los siguientes derechos fundamentales de las personas jurídicas:

- La propiedad, como expresión de la protección de los recursos de cuya administración se vale para materializar su libertad: Pena de multa.
- La libertad de la empresa, como expresión de su capacidad de acción y "*libre desarrollo de su identidad*"[2679]:
    - Suspensión de sus actividades.
    - Clausura de sus locales y establecimientos.
    - Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
    - Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
    - Intervención judicial.

3. Desde la teoría de la actuación de la organización empresarial propuesta la actuación penal de la organización empresarial a considerar para la declaración de la responsabilidad e imposición de las penas en nada cambiaría, pues habría quedado "cristalizada" (pendiente de prueba) en el momento del delito.

Lo que se estaría considerando es **una nueva actuación de los propietarios con control que no habrían sido o podrían ser declarados penalmente responsables directamente por el delito original,** pudiendo diferenciarse entre los supuestos en los que la pena pendiente afecta a la propiedad de la organización empresarial responsable penal (multa) y aquellos en los que la pena pendiente afecta a la libertad de la organización empresarial responsable penal (el resto).

[2679] Que abarca:
(i) La libertad de establecimiento, entendida como la garantía de poder elegir una actividad económica y el mercado en el que establecerse.
(ii) La libertad de disponer de sus bienes (lo señalado como Patrimonio).
(iii) La libertad contractual, ad extra (clientes y proveedores) y ad intra (trabajadores).
(iv) La libre competencia.

5. Si la pena pendiente afecta a la propiedad de la organización empresarial responsable penal (multa), la nueva actuación de los propietarios con control deberá contemplarse desde la protección que despliega el ordenamiento jurídico para los pasivos empresariales (o personales): **desde su contabilización, pasando por su transmisión a los adquirentes del activo hasta la potencial responsabilidad penal por alzamiento de bienes o frustración de la ejecución.**

6. Si la pena pendiente afecta a la libertad de la organización empresarial responsable penal (el resto), lo que habrá de determinarse es si nos encontramos ante la misma organización empresarial con independencia de quienes fueran (tras la decisión y ejecución por los propietarios de control de la operación de extinción) sus (nuevos o no) propietarios y, por tanto, la pena sería imponible.

Siguiendo los fundamentos, de esta investigación, lo que definiría si nos encontramos ante una misma organización empresarial con independencia de los propietarios, sería la identidad entre la antigua y la nueva:

- Actividad externa y transaccional.
- Actividad interna y corporativa.

Este es el criterio establecido por el Código Penal para la valoración de la disolución encubierta, pero debería ser a su vez el utilizado para cualquier situación de extinción de la organización empresarial con una pena afectante a la libertad de empresa pendiente de ejecución.

7. No son desconocidos los supuestos en los que en realidad no son los propietarios de control los que directamente deciden sobre la operación de modificaciones estructurales o liquidación, siendo de especial relevancia los supuestos de autorización por la Jurisdicción Mercantil que entiende del concurso de una organización empresarial y que autorizan las decisiones del convenio de acreedores (que puede integrar una operación de modificación estructural) o de liquidación.

En estos casos es la Jurisdicción Mercantil la que, con potencial consulta a la Jurisdicción Penal si existe un procedimiento en curso, debe evitar autorizar a las organizaciones empresariales responsables de una actuación típica y culpable operaciones encubiertas destinadas a evitar la pena mediante su transformación, que pudiera generar beneficios a los propietarios, de forma que se conjugara la reacción penal ante el injusto organizacional con la protección de los acreedores.

III. Derechos y libertades fundamentales procesales relacionados con la responsabilidad penal de la persona jurídica.

A. Derecho fundamental a la presunción de inocencia

1. Partiendo de que la teoría propuesta no incorpora presunción alguna, la teoría de la actuación penal propuesta exige a las acusaciones proponer y probar los siguientes aspectos fácticos:

a) Cuál haya sido la actuación de la organización empresarial, lo que resultará de la acusación y prueba del estado de las tres realidades:

- La actividad delictiva de transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios; y/o
- La actividad interna delictiva consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios; y
- La composición de la propiedad de la organización empresarial y la inexistencia de actividad de control interno o la deficiencia en la actividad de control interno legalmente exigible que se habían incumplido, pudiendo concretarse en:
    - Deficiencias de actuaciones de Entorno de control.
    - Deficiencias de actuaciones de Evaluación de riesgos.
    - Deficiencias de actuaciones de Control.
    - Deficiencias de actuaciones de Información y Comunicación.
    - Deficiencias de actuaciones de Supervisión.

La prueba de la actividad de control interno consolidada se enfrentará a posibles no colaboraciones documentales o de información de la persona jurídica que, sin embargo, pueden ser compensadas por múltiples vías:

- **Con prueba personal**, como la declaración testifical de las personas integrantes de la primera línea (empleados al frente de las actividades), segunda línea (órgano encargado de la verificación del sistema), tercera línea (auditoría interna), así como miembros del órgano de administración, de la dirección y, especialmente, **los propietarios.**
- **Con prueba documental** proveída por terceros (por ejemplo los papeles de trabajo de los auditores en relación a su valoración del estado de control interno de las organizaciones que realizan cada año para planificar su auditoría) o conseguida en una entrada y registro en la sede de la organización.

Además, si las acusaciones han incorporado al proceso con éxito el hecho propio de la persona física (conducta delictiva), el hecho de conexión (beneficio de la persona jurídica) y una composición de la propiedad no responsable penal, **el puro silencio y no colaboración como estrategia procesal de las personas jurídicas puede toparse con una propuesta de las acusaciones de construcción del hecho propio de la persona jurídica y en una situación en las que el material probatorio de la acusación pueda reclamar en un contexto de contradicción una explicación del acusado**, potenciando su silencio el grado de persuasión de las pruebas de la

acusación, lo que habrá de determinarse en cada caso desde las reglas del sentido común en la valoración de la prueba, sin que lo mismo suponga una inversión de la carga de la prueba ni una vulneración del derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo[2680].

b) Sobre la anterior propuesta fáctica y de prueba de la actuación de la organización empresarial, las acusaciones deberán:

- Proponer qué tipicidad, de las tres propuestas, le fuera aplicable a la persona jurídica considerada y, con ella, que elementos de control interno le fueran exigibles que no se hubieran adoptado eficazmente.
- Probar que la conducta delictiva acontecida era previsible y evitable de haberse adoptado las medidas de control interno exigibles y probadas como no desarrolladas.

2. Si las acusaciones no prueban de la anterior forma la actuación penal de la persona jurídica, la presunción de inocencia de la organización criminal debería dar lugar, de acuerdo con la teoría de la actuación penal propuesta, a una sentencia absolutoria:

- Por no haber sido probada actuación alguna de la persona jurídica:
    - Por no existir la actuación de transacción externa o corporativa interna delictiva que hubiera generado un beneficio real o potencial a los propietarios concretados.
    - Por no haberse probado actuación alguna relacionada con el control interno.

- Por declararse como probada una actuación de la persona jurídica:
    - Que no fuera típica, por no haberse acreditado:
        - Que la actuación de transacción externa o corporativa interna delictiva que hubiera generado un beneficio real o potencial a los propietarios.
        - La inexistencia de actividad de control interno o la deficiencia en la actividad de control interno de acuerdo con los requerimientos exigibles.
    - Que no fuera típica, por haberse probado ser responsables penales los propietarios de control de la organización empresarial.
    - Que no fuera culpable, por no ser previsible y evitable, con los elementos de control interno exigibles, la actuación de transacción externa o corporativa interna delictiva que hubiera generado un beneficio real o potencial a los propietarios.

3. De esta forma, la teoría de la actuación penal de la organización empresarial propuesta **permite llenar de contenido y delimitar la presunción de inocencia, esto es, aquellos componentes fácticos que no formando parte de la acusación**

[2680] STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartados 47 y 54.

y/o no probados por las acusaciones, debe dar lugar a una sentencia absolutoria o, en etapas más tempranas del proceso, a un sobreseimiento.

B. Derecho a la tutela judicial efectiva

La teoría propuesta carece de afectación directa al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, esto es, al acceso a un Tribunal establecido por la ley, independiente e imparcial, al procedimiento equitativo, a la Igualdad de armas procesales, al proceso contradictorio, a la motivación de las decisiones judiciales, al derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo, a la publicidad del proceso y a que se desarrolle en un plazo razonable.

Pero sí permite, de forma indirecta, integrar un referente (consenso constitutivo) de la motivación de las decisiones judiciales que en el marco de un proceso penal afecten a una organización empresarial, como se adelantó con ocasión de su derecho a la propiedad y a la libertad empresarial.

C. Derecho fundamental de defensa

La teoría de la actuación penal propuesta potencia a su vez el derecho fundamental de defensa, al concretar y dar sentido a los hechos generadores de la responsabilidad y, con ello, permitir el pretender la declaración como hechos probados de aquellos que deban dar lugar a la consideración de la no concurrencia de la actuación pretendida por la acusación, o de la atipicidad, o de la falta de antijuridicidad, o de la falta de culpabilidad de la persona jurídica, lo que se proyecta sobre todas las dimensiones del derecho de defensa, esto es:

1. Sobre la Información a recibir sobre la naturaleza y la causa de la acusación;
2. Sobre el alcance de la preparación de la defensa;
3. Sobre la posible prueba a solicitar, que debe alcanzar, en el caso de la persona jurídica, todo lo que abarque su propia conducta y la de terceros, como los propietarios de control.

D. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme conforme a la ley

1. Se ha tratado con ocasión de la tipicidad (responsabilidad por el hecho propio), y la culpabilidad, como las situaciones en las que existe responsabilidad personal de los propietarios que ostenten el control de la organización empresarial, sancionar también a la organización:

- Es incompatible con la responsabilidad por el hecho propio, pues no existiría actuación de la persona jurídica distinta de la de la persona física.
- Es incompatible con la sanción dos veces del mismo hecho.

La teoría de la actuación penal propuesta incorpora a la tipicidad esta garantía, de forma que queda garantizada la imposibilidad de que se sancione dos veces

(aplicando el régimen de la persona física y de la jurídica) un mismo hecho desde el propio derecho fundamental, reforzado por la legalidad penal.

2. Y, a su vez, la teoría de la actuación penal resulta clarificadora para delimitar supuestos de non bis in idem de la propia organización empresarial, pues cada actuación externa o interna delictiva generadora de beneficios para los propietarios, deberá dar lugar a una valoración de la actuación penal de la organización empresarial, sin que pueda imponerse una segunda sanción por la misma actuación.

E. Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal

La teoría propuesta carece de afectación al derecho fundamental al doble grado de jurisdicción en materia penal, pero desde la uniformidad en la aplicación de la ley, refuerza la garantía de refinamiento de la decisión a través de su revisión.

IV. Conclusiones de la tercera parte de la investigación

Aun a riesgo de constituir cierto ejercicio de autoafirmación, la tercera parte de la investigación mostraría cómo la teoría de la actuación de la organización empresarial, y desde ella, de la actuación penal (actuación típica y culpable) de la persona jurídica propuesta contribuiría:

- A reforzar el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas jurídicas con ocasión de los procedimientos penales que deban afrontar:
    - Tanto en relación a las diferencias que permitirían efectuar en el texto de la norma penal entre distintas personas jurídicas.
    - Como con ocasión de la aplicación de la norma por Jueces y Magistrados, al aportar referentes interpretativos y fácticos a comprobar en el proceso.
- A incrementar la previsibilidad de la norma para los destinatarios de la misma, esto es, para los propietarios de una organización empresarial y el resto de personas físicas o jurídicas con los que la organización mantiene relaciones internas y externas, que pueden saber (y exigir), de qué forma los costes de la propiedad y el control interno deben encontrarse resueltos en función de la actuación de la organización empresarial de que se trate, conociendo (sin mayor variabilidad que lo que pueda suceder para la persona física) bajo qué concretos supuestos podrían ser responsables penales.
- A individualizar de forma completa el hecho propio de cada organización empresarial, diferenciándolo del hecho propio de cualquier persona física y del hecho propio de cualquier otra organización empresarial, permitiendo resolver de forma clara:
    - Los problemas de autoría entre ellas.
    - Los supuestos en los que resultaría de aplicación el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado, tanto de la persona física como de la jurídica.

- A evitar la responsabilidad objetiva en caso de incumplimiento de las previsiones de control interno e individualizar la culpabilidad de cada organización empresarial en base a su hecho propio, permitiendo una individualización de la pena proporcional a dicha culpabilidad.
- A llenar de contenido y delimitar la presunción de inocencia, esto es, aquellos componentes fácticos que no formando parte de la acusación y/o no siendo probados por las acusaciones, debe dar lugar a una sentencia absolutoria o, en etapas más tempranas del proceso, a un sobreseimiento.
- A potenciar el derecho fundamental de defensa, al concretar y dar sentido a los hechos generadores de la responsabilidad y, con ello, permitir el pretender la declaración como hechos probados de aquellos que deban dar lugar a la consideración de la no concurrencia de la actuación pretendida por la acusación, o de la atipicidad, o de la falta de culpabilidad de la persona jurídica, lo que se proyecta sobre todas las dimensiones del derecho de defensa, como la información a recibir sobre la naturaleza y la causa de la acusación o la posible prueba a solicitar, que debe alcanzar, en el caso de la persona jurídica, todo lo que abarque su propia conducta y la de terceros, como los propietarios.
- Carece de afectación directa pero sí permite, de forma indirecta:
    - Aumentar las garantías de la tutela judicial efectiva, al integrar un referente técnico (consenso constitutivo) de la motivación de las decisiones judiciales que en el marco de un proceso penal afecten a una organización empresarial.
    - Aumentar las garantías frente a perturbaciones en la propiedad (medias cautelares y penas) por aumentar las garantías del proceso y por poner a disposición de los propietarios de las organizaciones una opción a materializar desde la libertad de empresa para protegerse frente a esas potenciales perturbaciones: el desarrollo de las medidas de control interno contenidas en el tipo.
    - Dota de contenido, en la anterior forma, a una dimensión de la libertad de empresa.
- Carece de afectación directa o indirecta:
    - Sobre derecho fundamental al respeto a la vida privada, al respeto al domicilio, al secreto de las comunicaciones y al respeto de la correspondencia.
    - Sobre el derecho fundamental al doble grado de jurisdicción en materia penal.

❖ CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

1. Las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y disfrutan de la protección del TEDH (en aplicación de las previsiones del CEDH), TJUE/TGUE (en aplicación de las previsiones de la CDFUE) del TC (en aplicación de las previsiones de la CE), y su contenido debe ser respetado por el legislador, por el juzgador y por la actuación administrativa.

2. En el caso de los derechos fundamentales sustantivos, éstos definen la identidad jurídica fundamental de las personas jurídicas, que se estructura en torno a:

- La propiedad, como expresión de la protección de los recursos de cuya administración se vale para materializar su libertad; y
- La libertad de la empresa, como expresión de su capacidad de acción y "*libre desarrollo de su identidad*", que abarca:

    - La libertad de establecimiento, entendida como la garantía de poder elegir una actividad económica y el mercado en el que establecerse.
    - La libertad de disponer de sus bienes (lo señalado como -i- Patrimonio).
    - La libertad contractual, ad extra (clientes y proveedores) y ad intra (trabajadores).
    - La libre competencia.

Todas las penas aplicables a las personas jurídicas delimitadas por el legislador europeo y español se aplican sobre los elementos que las definen jurídicamente de forma fundamental, esto es, sobre el derecho de la propiedad y la libertad de la empresa:

- Propiedad: la multa.
- Libertad de empresa: la disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Además, las personas jurídicas son titulares del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, al honor, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

3. En el caso de los derechos fundamentales denominados procesales, es el concepto autónomo del TEDH de acusación en materia penal ("criminal charge" en la versión oficial inglesa/"accusation en matière pénale" en la versión oficial francesa) el que hace que las personas jurídicas alcancen la titularidad de los derechos procesales estudiados y con ella la protección del TEDH, del TJUE y del

TC. Desde la incorporación de penas para las personas jurídicas en el Código penal como consecuencia de la posible comisión de delitos por aquellas, no cabe duda alguna de su titularidad de los derechos fundamentales procesales, cumpliéndose el primero y definitivo de los criterios del concepto autónomo de acusación en materia penal del TEDH.

Las personas jurídicas son titulares del derecho a la legalidad sustantiva de los delitos y de las penas, irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables. Dentro de ese derecho debe considerarse como incluidos:

- El principio de personalidad de las penas o de responsabilidad por el hecho propio, distinto del hecho propio de las personas físicas o de otras personas jurídicas.
- El principio de taxatividad de la norma penal, que implica que la misma debe ser accesible y previsible por los destinatarios de la misma.
- El principio de culpabilidad, que proscribe la imposición de penas a sujetos sin tener en cuenta el vínculo de los mismos con la norma y con la propia actuación, por la mera infracción de normas.

Las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que alcanza a las dimensiones procesales y post procesales del mismo y, especialmente:

- A la carga procesal de las acusaciones de probar la concurrencia de los hechos sobre los que quieran basar la aplicación de la norma penal (del vínculo objetivo y del vínculo subjetivo) y, con ella, la responsabilidad e imposición de penas.
- A la, en principio, prohibición del uso de presunciones fácticas para sustituir a la carga de la prueba de las acusaciones para alcanzar la responsabilidad penal.
- Al derecho al silencio a no declarar contra sí mismo.

Las personas jurídicas son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, al derecho al acceso a un Tribunal establecido por la ley, independiente e imparcial, al procedimiento equitativo, a la Igualdad de armas procesales, al proceso contradictorio, a la motivación de las decisiones judiciales, al derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo, a la publicidad del proceso y a que se desarrolle en un plazo razonable.

Las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental a la defensa, lo que alcanza a la Información sobre la naturaleza y la causa de la acusación, a la posibilidad de preparar la defensa, a la defensa por un abogado y a la proposición e intervención en la práctica de la prueba.

Las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme conforme a la ley, y al derecho a un doble grado en la jurisdicción penal.

4. Las exigencias de taxatividad penal (accesibilidad y previsibilidad) requieren del uso de la norma como instrumento, lo que aconseja profundizar sobre qué factores o características de las propias normas puedan contribuir, con carácter general, a la aumentar la efectividad de las mismas, esto es, a que logren los resultados pretendidos con las mismas.

5. El lenguaje es una condición de posibilidad de la norma, por lo que es posible recoger conclusiones que se hayan alcanzado asociadas al estudio científico del mismo.

En esta investigación se recogen las que señalan (AUSTIN/SEARLE) que para que un uso del lenguaje (acto ilocucionario) consiga los efectos pretendidos en un tercero (acto perlocucionario), su uso debe seguir una serie de reglas. Entre una de esas reglas se encuentra el diferenciar, para referirse a realidades, entre lo que son hechos brutos (que admiten una descripción pura del fenómeno físico -el libro se cae-) y lo que son hechos institucionales (que requieren para su comprensión de una serie de reglas previas al fenómeno observado -una melé de partido de Rugby o un jaque mate en una partida de ajedrez-). Lo que pueda considerarse como una actuación de la organización empresarial no admite una descripción bruta de lo que se observa o refiere, sino que requiere de un consenso previo (consenso constitutivo) entre quién usa el lenguaje (legislador, acusación, Juez) y sobre quién se pretenden efectos (organización empresarial), esto es, un consenso sobre lo que sean las reglas institucionales (extralingüísticas: "*X cuenta como Y en el contexto C*"). Si no existe esa comunidad institucional extralingüística antes del acto ilocucionario, peligra el acto perlocucionario (lo pretendido).

Por ello, **es necesario un consenso sobre lo que pueda ser la actuación de la organización empresarial antes de que se produzcan actos ilocucionarios directivos** (del legislador, que busca actuaciones de la organización empresarial), **declarativos** (los que formulan las acusaciones, como propuesta de la actuación desarrollada por la organización empresarial generadora de responsabilidad) y **representativos** (los que desarrolla el Juez tras valorar la prueba y señalar a la propuesta de la acusación como verdadera o falsa).

6. Las teorías de las normas (VON WRIGHT) confluyen en que las mismas hacen uso de la lógica para ordenar comportamientos (lógica deóntica) y para determinar si un hecho particular puede considerarse como incluido en la norma (subyacencia de lo particular en lo general o relación del hecho con la clase en base a su intensión -y extensión-), concluyendo que para alcanzar efectividad en lo anterior se debe partir de una teoría de la acción del sujeto cuya conducta se pretende condicionar con la norma (sobre la que aplicar los operadores deónticos y la intensión y extensión) y cuya valoración en relación a la norma daría o no lugar a su subyacencia o subsunción.

En esa búsqueda han operado las teorías del delito de la persona física que, a partir de diversas propuestas de acción como origen, han construido sobre ellas teorizaciones de la acción típica, antijurídica, culpable y punible de las personas físicas. Sin embargo, el uso de esas teorizaciones de la acción de las personas

físicas (y desde ella del resto de los componentes de la teoría del delito) no es un camino válido para las organizaciones empresariales, que son algo evidentemente distinto a la persona física, acometiéndose justamente la búsqueda de identificar en qué consista su hecho propio (distinto de la acción de la persona física).

El uso de los (distintos) conceptos de acción de las personas físicas de las teorías del delito (y del resto de los elementos que las mismas construyen a partir de aquel), condena a una irremediable imprecisión y pérdida de garantías.

7. El estado actual de los métodos epistémicos de las ciencias sociales apuntan, de forma análoga al consenso necesario para los hechos institucionales del leguaje, a la búsqueda consenso (bajo unas determinadas condiciones para que ese consenso como método epistémico se pueda alcanzar) como camino hacia la verdad (HABERMAS). La búsqueda de ese consenso parte en esta investigación de las conclusiones alcanzadas, en este momento, por la ciencia económica y empresarial (COASE, WILLIAMSON, HANSMANN).

A día de hoy, las organizaciones empresariales son por ellas concebidas como la combinación/equilibrio de sus transacciones externas (lo que se busca en los mercados a través de contratos) y de sus relaciones internas (lo que se completa corporativamente), desarrolladas con el objetivo de alcanzar el máximo beneficio empresarial para sus propietarios (siendo este el criterio del beneficio el seguido para decidir si acudir a los mercados o suplir la necesidad con actividad interna).

Todas esas relaciones (las que se externalizan y las que se desarrollan internamente) son mantenidas con distintas clases de sujetos de las que normalmente alguna (un tipo de clientes, un tipo de proveedores, un competidor) acaban haciéndose con la propiedad de las organizaciones empresariales (por representar esa propiedad una nueva ventaja para un mayor beneficio con respecto a que sean otros los propietarios, si es que no parten ya de esa posición -i.e. cooperativas de capital-).

Además, el aumento del número de propietarios, el aumento de la actividad externa y el aumento de la actividad interna (el crecimiento y éxito), hace que esos propietarios cada vez tengan más difícil el control de la dirección de la organización (de monitorización de su actividad y de su oportunismo -incluido el fraude e incumplimiento normativo-) y de los beneficios (por las decisiones de la dirección y por los distintos riesgos a asumir que existen, y que dan lugar a distintos beneficios). Las medidas a adoptar para gestionar esa pérdida del control de los propietarios suponen un nuevo coste, denominado coste de propiedad, que puede hacer a su vez renunciar a mayores crecimientos actuaciones externas o internas) o atomizaciones de propietarios o, en definitiva, influir en a la realidad organizacional.

Los componentes analíticos que influirían en el beneficio de la actividad empresarial serían:

(1) Los propietarios;

(2) La actividad de contratación externa de la empresa (transacciones externas);
(3) La actividad corporativa interna de la empresa (relaciones internas);
(4) La actividad de control indirecto de los propietarios (1) sobre, al menos, (2) y (3).

(1) la cantidad y composición de los propietarios, (2) el volumen de actividad de contratación y (3) la actividad interna de la empresa, estarían interrelacionados y su equilibrio respondería a la fuerza económica de minimizar la suma de los costes de la contratación del mercado pero también la de minimizar la suma de los costes de la propiedad (4).

Se propone considerar a las organizaciones empresariales, en cada momento, como la combinación (única) del estado de tres realidades que se relacionarían entre sí y que buscarían continuamente su ajuste para alcanzar el máximo beneficio:

- Las actuaciones de transacción externas de la organización.
- Las actuaciones corporativas internas de la organización.
- La composición de la propiedad de la organización y la solución a los costes de la propiedad dada por los anteriores para mantener el control.

8. El mecanismo que la comunidad empresarial internacional ha consensuado (en base a las experiencias de fraudes empresariales masivos) para dar solución a los costes de la propiedad es el control interno. A día de hoy el referente de mayor consenso existente como metodología de control interno es el marco denominado COSO (2013) control interno que:

- Es el marco de Control interno internacional de la profesión de auditoría de cuentas, debiendo todos los auditores del mundo elaborar durante la planificación de sus auditorías una valoración de los sistemas de control interno de cada una de las empresas que auditan, lo que realizan en base a dicha metodología para concluir si pueden apoyarse o no en esos sistemas y su información (NIA 315 R 2019).
- Es el marco de Control Interno que deben seguir todas las empresas cotizadas en Estados Unidos.
- Es el marco de Control Interno seguido por tolas las agencias federales de los Estados Unidos.
- Es el marco de Control Interno seguido por la Comisión Europea, por sus programas, por sus agencias y, por ejemplo, por la Fiscalía Europea.
- Es el marco de Control Interno seguido por los auditores públicos españoles en su actividad de auditoría de las empresas del sector público.
- Es el marco de Control Interno seguido por los equipos de fiscalización financiera y de cumplimiento del Tribunal de Cuentas español.

Todas las auditorías desarrolladas en España a las organizaciones empresariales de cualquier tamaño están ya valorando la presencia o no de los elementos de control interno de COSO (con la proporcionalidad propia de cada entidad auditada), por lo que no resulta posible a día de hoy utilizar un mejor o más

extendido referente de consenso para dar solución a esos costes de propiedad que la metodología COSO control interno.

9. El ordenamiento mercantil regulador de las distintas formas de las personas jurídicas en España recoge los planteamientos de la ciencia empresarial, diferenciando entre regulaciones afectantes a las actuaciones de las mismas externas o de transacción con los mercados (denominados en la investigación planteamientos NEO, caracterizados por el protagonismo directo de los propietarios), a las actuaciones reguladoras de los funcionamientos internos y de medidas específicas de control interno exigibles a determinadas personas jurídicas (denominados en la investigación planteamientos NIE).

La cantidad e intensidad de requerimientos normativos asociados al marco analítico NIE exigibles en las distintas formas normativas societarias es directamente proporcional:

- A la cantidad de propietarios (o clases de propietarios) que coexistan o puedan llegar a coexistir en una concreta forma normativa societaria y a la heterogeneidad de los propietarios (o clases de propietarios) que coexistan o puedan llegar a coexistir en una concreta forma normativa societaria;
- Al volumen de la actividad de contratación que exista o pueda llegar a existir de la concreta forma normativa societaria en;
- A la actividad corporativa que exista o pueda llegar a existir de la concreta forma normativa societaria (desarrollada en los márgenes de esa actividad de contratación).

Además, la ciencia empresarial y el legislador mercantil también coinciden en considerar posible que desde las organizaciones empresariales se impulsen y fomenten decisiones y actuaciones:

- Que den lugar, en el futuro, a la generación de beneficios a repartir entre los propietarios.
- Que eviten, de forma razonable, que determinados resultados previsibles sucedan en el futuro (resultados indeseados que se denominarían, *ex ante*, riesgos).

10. Sobre las anteriores bases de consenso, se propone una teoría de la actuación empresarial entendida como la combinación del estado, en cada momento, de tres realidades:

- La actividad asociada a transacciones externas con capacidad de generar beneficios a los propietarios.
- La actividad corporativa interna con capacidad de generar beneficios a los propietarios.
- La propiedad de la organización empresarial y la actividad de control (directo o indirecto) consolidada por ellos.

La actuación de la organización empresarial en cada momento sería la combinación del estado de esas tres realidades, que constituiría **el contexto en el que se produciría e integraría la acción delictiva de la persona física.**

11. Se considera que el injusto que se pretende sancionar con la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que los propietarios obtengan (o puedan obtener) beneficios de actividades delictivas:

- **Cuando el propietario es un emprendedor,** la generación de beneficios al emprendedor a través de la actividad delictiva**, el injusto, posee un único y claro responsable**: ese emprendedor (aún ni propietario).
- **Ese injusto permanece cuando la actividad crece y se mercantiliza, apareciendo los propietarios.** Pero en paralelo a ese crecimiento, la posibilidad de alcanzar el hecho propio de los propietarios con las garantías vistas en la primera parte de la investigación va disminuyendo en inversa proporción:
    - Porque la actividad externa o interna es tan intensa que no se pueda vincular con el propietario persona física; o
    - Porque la composición accionarial esté tan atomizada (o sea cuasi anónima) que tampoco se pueda alcanzar una responsabilidad penal (por no existir hecho propio de todos los propietarios).

  Así, el injusto permanecería y se intensificaría (obtención de beneficio de los propietarios por actividades delictivas) conforme la posibilidad de identificar un hecho propio del propietario se iría diluyendo y desapareciendo.
- **En paralelo a esa disolución del posible hecho propio del propietario**, la figura de la organización empresarial **va adquiriendo, en directa proporción, más protagonismo para el ordenamiento jurídico, que le impone cada vez más requerimientos de control de su actividad externa e interna**, de forma que se evite (como mínimo y entre otras cosas) la promoción o permisión de la obtención de beneficios derivados de la actividad externa o interna que pueda ser delictiva (o, antes, resultado de otros incumplimientos normativos).
- Así, **ya no es al propietario sino a la organización empresarial a la que se le responsabiliza de que no exista injusto**, debiendo desarrollar los mecanismos (desarrolle la actuación, genere una realidad, de lugar a un contexto -lo que se prefiera-) de control interno que fije ex ante el ordenamiento jurídico como posibles (y razonables) para evitar la obtención de beneficios mediante actividades delictivas, **existiendo injusto y apareciendo el hecho propio al que anclarlo: el injusto de la organización empresarial en caso de que esas medidas de control interno que sustituyen al control directo del propietario no estén presentes en ese contexto en el que se da la acción delictiva de la persona física.**

Si todos los propietarios de la organización son considerados responsables penales de las conductas delictivas, el reproche penal al injusto está agotado. Por el contrario, si no todos los propietarios pueden ser considerados responsables penales, debe valorarse la responsabilidad penal de la organización empresarial, al protagonizar esos propietarios una parte del injusto no resuelta con la responsabilidad penal declarada.

12. La (teoría de la) actuación penal de la organización empresarial parte de tener que ser (hecho propio) algo distinto de las acciones penales de la persona física **propietaria** de la organización empresarial, de la persona física **administradora** de la organización empresarial, de la persona física **directiva** de la organización empresarial, de la persona física **empleada** de la organización empresarial y de la **persona u organización contratada** por la organización empresarial y que desarrolle actuaciones penales.

La actuación típica culpable de la persona jurídica que se propone posee la siguiente formulación:

12.1 La actuación de la organización empresarial es la combinación, para el momento considerado, del estado de tres realidades:

- La actividad derivada de la transacción externa consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La actividad interna consolidada para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control consolidada por los mismos.

12.2 La actuación de la organización empresarial será típica si reúne cuatro condiciones:

- Si existe una acción delictiva de una persona física que sea una actividad de transacción externa o una actividad interna de la organización empresarial, y le pudiera haber generado o le haya generado un beneficio a los propietarios de la organización empresarial.
- Si es un delito que pueda generar responsabilidad penal de la persona jurídica.
- Si no todos los propietarios de la organización pueden ser considerados responsables penales de las conductas delictivas que se estén considerando:
- Si la actividad de control interno consolidada en el momento de la actuación delictiva no ha integrado los requerimientos exigidos por el Código Penal.

12.3 La actuación empresarial típica será culpable en función de dos variables:

- La previsibilidad: Si la acción delictiva de la persona física fuera previsible y evitable de haberse desarrollado los requerimientos de control interno previstos y exigidos por en el Código Penal; y
- La gravedad: la intensidad de la diferencia entre el estado de las medidas de control interno existentes en el momento en el que se produce la acción de la persona física, y el estado que exigiera el Código Penal.

13. La actuación típica de la organización empresarial, tal y como se ha definido, será siempre antijurídica.

14. La forma de probar la culpabilidad es la misma que la utilizada para probar la culpabilidad de la persona física: la valoración de hechos externos.

En este caso los hechos a valorar son la combinación del estado de las tres realidades que definen la actuación de la organización empresarial y su contraste con la norma y con lo que era exigible en las circunstancias concretas:

- Si la actividad delictiva interna o externa generadora de beneficio no era previsible con la implementación de las medidas de control interno legalmente exigibles, **no existiría posibilidad de actuación distinta que evitara la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, por lo que concurriendo la tipicidad, no concurriría culpabilidad, procedería la absolución y se superaría la responsabilidad objetiva.**
- Si la actividad delictiva interna o externa generadora de beneficio era previsible pero no evitable con la implementación de las medidas de control interno legalmente exigibles, **no existiría posibilidad de actuación distinta que evitara la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, por lo que concurriendo la tipicidad, no concurriría culpabilidad, procedería la absolución y se superaría la responsabilidad objetiva.**
- Si la actividad delictiva interna o externa generadora de beneficio era previsible y evitable con la implementación de las medidas de control interno legalmente exigibles que se hubieran incumplido (si no la actuación no sería típica) y no fue evitada, **existiría posibilidad de actuación distinta que evitara la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, concurriría culpabilidad y procedería la declaración de responsabilidad (objetiva y subjetiva).**

15. En el marco de la previsibilidad y la evitabilidad concreta que se determine para los hechos contemplados, existirían factores objeto de prueba que permitirían modular la culpabilidad a partir de la actuación desplegada por la organización empresarial:

  - La inexistencia de actividad de control interno.
  - La intensidad de la deficiencia en la actividad de control interno relacionada con el resultado delictivo, pudiendo concretarse, de acuerdo con la metodología COSO, en:
    - Deficiencias de actuaciones de Entorno de control.
    - Deficiencias de Actuaciones de Evaluación de riesgos.
    - Deficiencias de Actuaciones de Control.
    - Deficiencias de Actuaciones de Información y Comunicación.
    - Deficiencias de Actuaciones de Supervisión.

La modulación de la culpabilidad permitiría alcanzar racionalmente una proporcionalidad de la pena dentro del marco penal abstracto del delito considerado, sin necesidad de acudir a categorizaciones o formas de culpabilidad de la persona jurídica.

16. Se considera que el beneficio de la persona jurídica vinculado a una conducta delictiva de la persona física es **el hecho de conexión con la conducta delictiva**, lo que (junto con el resto de sus planteamientos) ubica a esta investigación en las posiciones dogmáticas de la autorresponsabilidad. Y se imputaría a la organización empresarial un defecto de control interno exigible que ha facilitado o no ha

impedido que sus propietarios obtengan o pudieran haber obtenido beneficios de concretas actuaciones delictivas (externas o internas).

Es en la tipicidad (elementos de control interno y su concreto contenido, que incluyen la valoración del riesgo) y en la culpabilidad (previsibilidad y evitabilidad del hecho de conexión, que de nuevo alcanza a la valoración de riesgos) donde deben depurarse, en relación al riesgo permitido derivado de los concretos requerimientos de control interno aplicables, las relaciones que se mantuvieran con las concretas personas (externas e internas) generadoras del beneficio de la organización empresarial.

El hecho propio de la organización empresarial se integraría por el estado que presente, en el momento en el que se produce la actuación delictiva:

- La actividad derivada de la transacción externa consolidada en ese momento para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La actividad interna consolidada en ese momento para alcanzar beneficios de los propietarios.
- La composición de la propiedad de la organización empresarial y la actividad de control interno consolidada por estos en ese momento.

Si todos los propietarios son alcanzados por la responsabilidad penal directamente, lo que se ha definido como actuación de la organización empresarial se solaparía con la conducta del Propietario y no existiría responsabilidad por no existir el hecho propio. Si ninguno o no todos los propietarios son alcanzados por la responsabilidad penal directamente y, por tanto, existen propietarios que no son responsables penales, lo que se ha definido como actuación de la organización empresarial sería autónoma con respecto a la conducta del propietario y con respecto a la conducta del responsable penal, alcanzándose el hecho propio.

17. La teoría de la actuación penal (actuación típica y culpable) de la organización empresarial propuesta es compatible con el mandato normativo europeo a los Estados miembros de que sus ordenamientos incorporen la responsabilidad de las personas jurídicas en las materias y por los delitos que desde 1997 se han ido determinando legislativamente, siempre conforme a una estructura repetida.

Y, a su vez, es compatible con la regulación del Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortaleciendo con su uso en la interpretación de la norma los derechos fundamentales de las personas jurídicas llamadas al proceso.

18. Se considera que la regulación actual del Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas presenta aspectos claramente mejorables como, por ejemplo:

- Resulta carente de lógica el que se establezcan dos sistemas distintos para los delitos cometidos por representantes o directivos y los cometidos por empleados. Son los requerimientos de control interno desde donde se debe fijar si el beneficio de la persona jurídica derivado de la actividad delictiva era

previsible y evitable o no. El beneficio vinculado a la actuación delictiva es el verdadero hecho de conexión.
- Carece de sentido que no contemple en su tipicidad los regímenes de control interno especialmente determinados por la normativa para organizaciones empresariales de especial importancia.
- La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido que dar una interpretación de la ley vigente que es hasta difícilmente compatible con la literalidad de la misma, y ello para poder preservar los principios fundamentales del proceso penal.

Desde el contenido propuesto de la actuación penal de la organización empresarial, se formula una redacción de *lege ferenda* del art. 31 bis que elimine los anteriores aspectos mejorables, integre elementos típicos de necesaria consideración, y potencie los derechos fundamentales de las personas jurídicas llamadas a los procesos penales (primera parte de esta investigación).

19. La teoría de la actuación de la organización empresarial, y desde ella, de la actuación penal (actuación típica y culpable) de la persona jurídica propuesta contribuiría:

- A reforzar el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas jurídicas con ocasión de los procedimientos penales que deban afrontar:
    - Tanto en relación a las diferencias que permitirían efectuar en el texto de la norma penal entre distintas personas jurídicas.
    - Como con ocasión de la aplicación de la norma por Jueces y Magistrados, al aportar referentes interpretativos y fácticos a comprobar en el proceso.
- A Incrementar la previsibilidad de la norma para los destinatarios de la misma, esto es, para los propietarios de una organización empresarial y el resto de personas físicas o jurídicas con los que la organización mantiene relaciones internas y externas, que pueden saber (y exigir), de qué forma los costes de la propiedad y el control interno deben encontrarse resueltos en función de la actuación de la organización empresarial de que se trate, conociendo (sin mayor variabilidad que lo que pueda suceder para la persona física) bajo qué concretos supuestos podrían ser responsables penales.
- A individualizar de forma completa el hecho propio de cada organización empresarial, diferenciándolo del hecho propio de cualquier persona física y del hecho propio de cualquier otra organización empresarial, permitiendo resolver de forma clara:
    - Los problemas de autoría entre ellas.
    - Los supuestos en los que resultaría de aplicación el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado, tanto de la persona física como de la jurídica.
- A evitar la responsabilidad objetiva en caso de incumplimiento de las previsiones de control interno e individualizar la culpabilidad de cada organización empresarial en base a su hecho propio, permitiendo una individualización de la pena proporcional a dicha culpabilidad.

- A llenar de contenido y delimitar la presunción de inocencia, esto es, aquellos componentes fácticos que no formando parte de la acusación y/o no siendo probados por las acusaciones, debe dar lugar a una sentencia absolutoria o, en etapas más tempranas del proceso, a un sobreseimiento y también cuando el silencio del acusado pueda conducir a aumentar el grado de persuasión de las tesis acusatorias.
- A potenciar el derecho fundamental de defensa, al concretar y dar sentido a los hechos generadores de la responsabilidad y, con ello, permitir el pretender la declaración como hechos probados de aquellos que deban dar lugar a la consideración de la no concurrencia de la actuación pretendida por la acusación, o de la atipicidad, o de la falta de culpabilidad de la persona jurídica, lo que se proyecta sobre todas las dimensiones del derecho de defensa, como la información a recibir sobre la naturaleza y la causa de la acusación o la posible prueba a solicitar, que debe alcanzar, en el caso de la persona jurídica, todo lo que abarque su propia conducta y la de terceros, como los propietarios.

Carecería de afectación directa pero sí permitiría, de forma indirecta:

- Aumentar las garantías de la tutela judicial efectiva, al integrar un referente técnico (consenso constitutivo) de la motivación de las decisiones judiciales que en el marco de un proceso penal afecten a una organización empresarial.
- Aumentar las garantías frente a perturbaciones en la propiedad (medias cautelares y penas) por aumentar las garantías del proceso y por poner a disposición de los propietarios de las organizaciones una opción a materializar desde la libertad de empresa para protegerse frente a esas potenciales perturbaciones: el desarrollo de las medidas de control interno contenidas en el tipo.
- Dotar de contenido, en la anterior forma, a una dimensión de la libertad de empresa.

Carecería de afectación directa o indirecta:

- Sobre derecho fundamental al respeto a la vida privada, al respeto al domicilio, al secreto de las comunicaciones y al respeto de la correspondencia.
- Sobre el derecho fundamental al doble grado de jurisdicción en materia penal.

20. Las anteriores ideas requerirán, en caso de que alguna contribuya a aumentar las garantías de la persona jurídica en el proceso penal, de reflexiones y pulimento de otros. Pero lo que principalmente se ha tratado de explorar con esta investigación y muestran sus conclusiones es:

- Que el reto de la comunidad jurídica de encontrar una explicación al hecho propio de la persona jurídica que permita a las organizaciones prever la posible imposición de penas y a los Jueces y Magistrados valorar su actuación, su culpabilidad, e imponer penas proporcionales sólo tras un proceso justo, debería partir de un determinado concepto de actuación de la organización empresarial de consenso.

- Que las ciencias económicas y empresariales y sus consensos científicos sobre uno de sus objetos (las organizaciones empresariales), pueden resultar un campo muy fértil para alcanzar patrones de identidad y explicaciones de comportamiento que puedan ser utilizados para resolver los problemas a los que se enfrenta la comunidad jurídica para alcanzar su responsabilidad con garantías y de forma justa.
- Que el propietario de las organizaciones empresariales debe poseer un rol esencial en la consideración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A menudo es el gran ausente en los planteamientos de la responsabilidad de las mismas cuando es la figura de la que parte, en la que se transforma (jurídicamente) y a la que (de)vuelve continuamente la persona jurídica:
    - Es quién inicia la organización de relaciones siendo un emprendedor, y las estructura para ser más eficiente con un instrumento jurídico -la persona jurídica que resulta a su vez una institución económica que fomenta la generación y distribución de valor, beneficio y riqueza-.
    - Es quién, si posee éxito, da lugar a una realidad que deviene cada vez más incontrolable de forma directa.
    - Es quién tiene a su disposición mecanismos para seguir asegurando que lleguen los beneficios pese a su incapacidad para controlar directamente la actividad, asumiendo los costes que esos mecanismos de control indirecto generan (control interno).
    - Es quién puede siempre desinvertir e invertir en nuevas organizaciones empresariales de considerable complejidad, valorando el riesgo del descontrol y también el beneficio del mismo.
    - Es quién padece el proceso y las penas, a través de la disminución de su beneficio, la cotización, el valor de sus participaciones o el valor de la potencial liquidación.
    - Es quién recibe el resultado de su liquidación.
- Que el beneficio como objeto social común (e intrínseco) a toda organización empresarial, debe tener, junto al propietario, un mayor protagonismo en las propuestas científicas de la responsabilidad penal.
- Que alcanzar un consenso sobre los elementos de control interno y que el legislador de un paso adelante e integre una apuesta clara y concreta sobre qué elementos de control interno de consenso compongan el deber ser de la actuación de control de la persona jurídica acerca a alcanzar la previsibilidad de la norma penal y maximizar el resto de derechos fundamentales de la persona jurídica vinculada al proceso penal.
- Que, en conexión con lo anterior, acudir a los consensos de la comunidad profesional que día a día nutren de soluciones a los problemas de control de las organizaciones empresariales y de sus propietarios (en especial de valoración y gestión de riesgos), también puede resultar una fértil fuente de soluciones y consensos a problemas jurídicos, conectándolos con la realidad vivida y, por lo mismo, hábil para la prueba.

❖ REFERENCIAS

I. Abreviaturas

AAA	American Accounting Association
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias Penales
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AICPA	American Institute of Certified Public Accountants
AP	Actualidad Penal
Art,	Artículo
Arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional Español
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
CAAS	Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CPA	Chartered Professional Accountants of Canada
CPC	Cuadernos de Política Criminal
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
CoCo	Criteria of Control
DA	Disposición Adicional
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DOXA	Cuadernos de Filosofía del Derecho
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FEI	Financial Executives Institute
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
FRC	Financial Reporting Council
IAASB	International Auditing and Assurance Standards Board
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
IIA	Institute of Internal Auditors
IFAC	International Federation of Accountants
IIC	Instituciones de Inversión Colectiva
ISA	International Standard on Auditing
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L	Ley
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
NAA	National Association of Accountants
NIA	Norma Internacional de Auditoría

PCAOB	Public Company Accounting Oversight Board
RCP	Revista de Ciencias Penales
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
RDPCr	Revista de Derecho Penal y Criminología
RPPJ	Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas
SAS	Statement on Auditing Standar
SEC	Securities and Exchange Commission
SGIIC	Sociedades Gestoras de las Instituciones de Inversión Colectiva
SOX	Sarbanes-Oxley Act
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STGUE	Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda)
TC	Tribunal Constitucional Español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
US GAO	United States Government Accountability

II. Jurisprudencia citada

A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Decisión TEDH K. c. Francia, de 7 de diciembre de 1983
Decisión TEDH Denev c. Suecia, de 18 de enero de 1989, apartado 1
Decisión TEDH Smith Kline y French Laboratories Ltd c. Paises Bajos, de 4 de octubre de 1990
Decisión TEDH Sanchez Galan c. España, de 12 de abril de 1996, apartado 2
Decision TEDH Pinnacle Meat Processors Company y otros c. Reino Unido, de 21 de octubre de 1998
Decisión TEDH Ninn-Hasen c. Dinamarca, de 18 de mayo de 1999
Decision TEDH Ian Edgar (Liverpool) Ltd y otros c. Reino Unido, DE de 25 de enero de 2000.
Decisiones TEDH Olczak c. Polonia y Offerhaus c. Paises Bajos de 16 de enero de 2001
Decisión TEDH Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002
Decisión TEDH Zigarella c. Italia, de 3 de octubre de 2002
Decisión TEDH Fortum Oil and Gas OY c. Finlandia, de 12 de noviembre de 2002, apartado 2
Decisión TEDH Yildirim c. Italia, de 10 de abril de 2003
Decisión TEDH Montcorner de Caumont c. Francia, de 13 de mayo de 2003
Decisión TEDH Isaksen c. Noruega, de 2 de octubre de 2003

Decisión TEDH Mione c. Italia, de 12 de febrero de 2004
Decisión TEDH Cornelis c. Paises Bajos, de 25 de mayo de 2004
Decisión TEDH Haioun c. Francia, de 7 de septiembre de 2004
Decision TEDH Falk c. Paises Bajos, de 19 de octubre de 2004
Decisión TEDH Van Offeren c. Paises Bajos, de 5 de julio de 2005
Decisión TEDH O.L. c. Finlandia, de 5 de julio de 2005
Decisión TEDH Hass c. Alemania, de 17 de noviembre de 2005
Decisión TEDH Sundqvist c. Finlandia, de 22 de noviembre de 2005
Decisión TEDH Valico SRL. C. Italia, de 21 de marzo de 2006
Decisión TEDH Pineiro Nogueira c. España, de 22 de mayo de 2006, apartado 4
Decisión TEDH Martelli c. Italia de 12 de abril de 2007
Decisión TEDH Rasnik c. Italia de 10 de julio de 2007
Decisión TEDH Paeffgen GMBH c. Alemania, de 18 de septiembre de 2007, apartado 1.
Decisión TEDH Steeg c. Alemania, de 3 de junio de 2008
Decisión TEDH VP Diffusion SARL, de 26 de agosto de 2008, apartado C
Decisión TEDH C.M.V.M.C. O'Limo c. España, de 24 de noviembre de 2009, apartado 22
Decisión TEDH Tipp 24 AG c. Alemania, de 27 de noviembre de 2012
Decisión TEDH Previti c. Italia, de 12 de febrero de 2013, apartado 80, 12
Decisión TEDH Aboufadda c. Francia, de 4 de noviembre de 2014, apartado 38
Decisión TEDH VP-KULJETUS y otros c. Finlandia, de 6 de enero de 2015, apartado 42
Decisión TEDH Dorado Baúlde c. España, de 1 de septiembre de 2015, apartados 15 y 16
Decisión TEDH Borcea c. Rumania, de 22 de septiembre de 2015
Decisión TEDH Socété Oxygène plus c. Francia, de 17 de mayo de 2016
Decisión TEDH Krauss c. Austria, de 6 de febrero de 2018, apartado 27
Decisión TEDH Caruana c. Malta, de 15 de mayo de 2018
Decisión Carrefour France c. Francia, de 1 de octubre de 2019
Decisión TEDH (Gran Sala) Slovenia c. Croacia, de 18 de noviembre de 2020, apartados 62 y 63.

STEDH Neumeister c. Austria, de 27 de Junio de 1968, apartados 22-23
STEDH Wemhoff c. Alemania, de 27 de junio de 1968, apartado 18
STEDH De Wilde, Ooms, Versyp c. Bélgica, de 18 de junio de 1971, apartado 78
STEDH Ringeisen c. Austria, de 22 de junio de 1971, apartado 110
STEDH Ringeisen c. Austria, de 22 de junio de 1972, apartado 110
STEDH Golder c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975, apartado 36
STEDH Engel y otros c. Paises Bajos, 8 de junio de 1976, apartado 81
STEDH Klass y otros c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978, apartado 42
STEDH Sunday Times c. Reino Unido, 26 de abril de 1979.
STEDH X. C. Paises Bajos, de 6 de julio de 1979
STEDH Airey c. Irlanda, de 9 de octubre de 1979, apartados 21 y 26
STEDH Deweer c. Belgica, de 27 de febrero de 1980, apartado 46
STEDH König c. Alemania, de 10 de marzo 1980, apartado 98
STEDH Artico c. Italia, de 13 de mayo de 1980, apartado 33

STEDH Le Compte, Van Leuven et De Meyere, de 23 de junio de 1981, apartado 55
STEDH (Gran Sala) Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, apartado 51
STEDH Eckle c. Alemania, de 15 de julio de 1982, apartado 73
STEDH Sporrong y Lönnroth c. Suecia, de 23 de septiembre de 1982, apartado 69
STEDH Piersack c. Bélgica, de 1 de octubre de 1982, párrafo 30 b) y d)
STEDH Minelli c. Suiza, de 25 de marzo de 1983
STEDH Silver y otros c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1983, apartado 87 y 88
STEDH Eckle c. Alemania, de 21 de junio de 1983, apartado 73
STEDH Pretto y otros c. Italia, de 8 de diciembre de 1983, apartado 21
STEDH Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984, apartado 53
STEDH Raimondo c. Italia, de 22 de febrero de 1984, apartado 29
STEDH Sutter c. Suiza, de 22 de febrero de 1984, apartado 26
STEDH Campbell y Fell c. Reino Unido, de 28 de junio de 1984, apartado 86
STEDH De Cubber c. Bélgica, de 26 de octubre de 1984, apartados 27 a 30
STEDH Colozza c. Italia, de 12 de febrero de 1985, apartados 27 a 29
STEDH X e Y c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1985, apartado 22
STEDH Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, apartado 72.
STEDH James y otros c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1986, apartado 54
STEDH Lithgow y otros c. Reino Unido, de 8 de julio de 1986, apartados 9 y 109
STEDH Agosi c. Reino Unido, de 24 de octubre de 1986, apartado 51
STEDH Unterpertinger c. Austria, de 24 de noviembre de 1986 apartados 31 a 33
STEDH Leander c. Suecia, de 26 de marzo de 1987, apartado 48
STEDH Englert c. Alemania, de 25 de Agosto de 1987
STEDH Lutz c. Alemania de 25 de Agosto de 1987
STEDH Nölkenbockhoff c. Alemania, de 25 de Agosto de 1987
STEDH Ekbatani c. Suecia, de 26 de mayo de 1988, apartado 31
STEDH Bouamar c. Bélgica, de 29 de febrero de 1988
STEDH Belilos c. Suiza, de 29 de abril de 1988, apartado 64
STEDH Berrehab c. Paises Bajos, de 21 de junio de 1988, apartado 26
STEDH Schenk c. Suiza, de 12 de julio de 1988, apartados 45 y 46
STEDH Salabiaku c. Francia, de 7 de octubre de 1988, apartado 27
STEDH Tre Traktörer c. Suecia, de 7 de julio de 1989.
STEDH Chichlian y Ekindjian c. Francia, de 16 de marzo de 1989, apartado 71
STEDH Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, apartado 47
STEDH Chappel c. Reino Unido, de 30 de marzo de 1989, apartado 51
STEDH Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, apartado 48
STEDH Langborger c. Suecia, de 22 de junio de 1989, apartado 31
STEDH Tre Traktörer Aktiebolag c. Suecia, de 7 de julio de 1989, apartado 53
STEDH H. v. Francia, de 24 de octubre de 1989, apartado 58
STEDH Kostovski c. Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989, apartado 42
STEDH Kamasinski c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, apartado 65
STEDH Mellacher y otros c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, apartado 44
STEDH Adiletta c. Italia, de 19 de febrero de 1991, apartado 17
STEDH Oberschlick c. Austria (no 1), de 23 de mayo de 1991, apartado 50
STEDH Pfeifer et Plankl c. Austria, de 25 de febrero de 1992, apartado 6

STEDH Campbell c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1992, apartado 46
STEDH Vidal c. Bélgica, de 22 de abril de 1992, apartado 34
STEDH Croissant c. Alemania, de 25 de septiembre de 1992, apartado 27
STEDH Piersack c. Belgica, de 1 de octubre de 1992, apartado 30
STEDH Boddaert c. Bélgica, de 12 de octubre de 1992, apartado 36
STEDH Hadjianastassiou c. Grecia, de 16 de diciembre de 1992, apartados 35 a 37
STEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartado 29
STEDH Sainte-Marie c. Francia, de 16 de diciembre de 1992, párrafo 32
STEDH Fey c. Austria, de 24 de febrero de 1993, apartado 30
STEDH Dobbertin c. Francia, de 25 de febrero de 1993, apartado 44
STEDH Funke c. Francia de 25 de febrero de 1993, apartado 57
STEDH Padovani c. Italia, de 26 de febrero de 1993, apartado 27
STEDH de 22 de junio de 1993, apartado 25
STEDH Nortier c. Países Bajos, de 24 de agosto de 1993, párrafo 33
STEDH Sekanina c. Austria, de 25 de agosto de 1993
STEDH Saïdi c. Francia, de 20 de septiembre de 1993, apartados 43 y 44
STEDH Dombo Beheer B.V. c. Paises Bajos, de 27 de octubre de 1993, apartado 33
STEDH Poitrimol c. Francia, de 23 de noviembre de 1993, apartados 38 y 39
STEDH Imbrosia c. Suiza, de 24 de noviembre de 1993, apartado 41
STEDH Holm c. Suecia, de 25 de noviembre de 1993, apartado 30
STEDH Raimondo c. Italia, de 22 de febrero de 1994, apartado 30
STEDH Bendenoun c. Francia, de 24 de febrero de 1994, apartado 47
STEDH Van de Hurk c. Paises Bajos, de 19 de abril de 1994, apartado 61
STEDH Hentrich c. Francia, de 22 de septiembre de 1994, apartado 39
STEDH Katte Klitsche de la Grange c. Italia, de 27 de octubre de 1994, apartado 61
STEDH Murray c, Reino Unido, de 28 de octubre de 1994, apartados 84 y 86
STEDH Beaumartin c. Francia, de 24 de noviembre de 1994, apartado 33
STEDH Ruiz Torija c. España, de 9 de diciembre de 1994, apartado 29
STEDH The Holy Monasteries c. Grecia, de 9 de diciembre de 1994, apartado 70
STEDH Lukanov c. Bulgaria, de 12 de enero de 1995
STEDH Welch c. Reino Unido, de 9 de febrero de 1995, apartados 29 a 35
STEDH Allenet de Ribemont c. Francia, de 10 de febrero de 1995, apartado 38 y 41
STEDH McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, apartado 80
STEDH Air Canada c. Reino Unido, de 5 de mayo de 1995, apartado 34
STEDH Jamil c. Francia, de 8 de junio de 1995, apartado 31
STEDH Kerojärvi c. Finlandia, de 19 de julio de 1995, apartado 38
STEDH Gradinger c. Austria, de 23 de octubre de 1995, apartado 44
STEDH Schmautzer c. Austria, de 23 de octubre de 1995, apartado 35
STEDH C.R. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, apartado 32
STEDH S.W. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, apartados 36
STEDH (Gran Sala) John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, apartado 45
STEDH Lobo machado c. Portugal, de 20 de febrero de 1996, apartado 31
STEDH James y otros c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1996, apartado 45

STEDH Bulut c. Austria, de 22 de febrero de 1996, apartado 47
STEDH Welch c. Reino Unido, de 26 de febrero de 1996, apartado 28
STEDH Doorson c. Paises Bajos de 26 de marzo de 1996, apartado 67
STEDH Leutscher c. Paises Bajos, de 26 de marzo de 1996
STEDH (Gran Sala) Gustafsson c. Suecia, de 15 de abril de 1996, apartado 60
STEDH Benham c. Reino Unido, de 10 de junio de 1996, apartado 56
STEDH Connolly c. Reino Unido (declaración) de 26 de junio de 1996
STEDH Ferrantelli y Santangelo c. Italia, de 7 de agosto de 1996, apartado 58
STEDH (Gran Sala) Akdivar y otros c. Turquía, de 19 de septiembre de 1996, apartado 88
STEDH Matos e Silva Lda, de 19 de septiembre de 1996, apartado 85
STEDH Buckley c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 1996, apartado 54
STEDH Cantoni c. Francia, de 15 de noviembre de 1996, apartado 32
STEDH (Gran Sala) Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, apartado 67 a 76
STEDH Vacher c. Francia, de 17 de diciembre de 1996, apartado 22
STEDH C.G.P. c. Paises Bajos (decisión) de 15 de enero de 1997
STEDH Findlay c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, apartado 77
STEDH z c. Finlandia, de 25 de febrero de 1997, apartado 95
STEDH Foucher c. Francia, de 18 de marzo de 1997, apartado 34
STEDH Hornsby c. Grecia, de 19 de marzo de 1997, apartado 40
STEDH Van Mechelen y otros c. Paises Bajos, de 23 de abril de 1997, apartado 58
STEDH et Van Mechelen y otros, de 24 de abril de 1997, apartado 55
STEDH Halford c. Reino Unido, de 25 de junio de 1997, apartado 49
STEDH Worm vc Austria, de 29 de Agosto de 1997, apartado 50
STEDH The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society c. Reino Unido, de 23 de octubre de 1997, apartado 109
STEDH Van Mechelen y otros, de 30 de octubre de 1997, apartado 50
STEDH (Gran Sala) Menteş y otros c. Turquía, de 28 de noviembre de 1997, apartado 73
STEDH Daud c. Portugal, de 21 de abril de 1998, apartado 38
STEDH Incal c. Turquía, de 9 de junio de 1998, apartado 71
STEDH Teixeira de Castro c. Portugal, de 9 de junio de 1998, apartado 34
STEDH Neumeister c. Austria, de 27 de junio de 1998, apartado 21
STEDH Guerin c. Francia, de 29 de julio de 1998, apartado 46
STEDH Omar c. Francia, de 29 de julio de 1998, apartado 42
STEDH I.A. c. Francia, de 23 de septiembre de 1998, apartado 121
STEDH Martins Moreira c. Portugal, de 26 de octubre de 1998, apartado 60
STEDH Castillo Algar c. España, de 28 de octubre de 1998, apartados 45 y 50
STEDH (Gran Sala) Latridis c. Grecia, de 25 de marzo de 1999, apartado 58
STEDH Pelissier y Sassi c. Francia (Gran Sala), de 25 de marzo de 1999, apartado 51
STEDH (Gran Sala) Chassagnou y otros c. Francia, de 29 de abril de 1999, apartado 74
STEDH , Immobiliare Saffi c. Italia, de 28 de julio de 1999, apartados 63 y 66
STEDH (Gran Sala) Inmmobiliare Saffi c. Italia, de 28 de julio de 1999, apartado 46

STEDH Buscemi c. Italia, de 16 de septiembre de 1999, párrafo 67
STEDH Spacek S.r.o. c República Checa, de 9 de noviembre de 1999, apartado 54
STEDH A.M. c. Italia, de 14 de didiembre de 1999, apartado 24
STEDH T. c. el Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999, apartado 86
STEDH (Gran Sala) Beyeler c. Italia, de 5 de enero de 2000, apartado 107
STEDH (Gran Sala) Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000, apartado 69
STEDH (Gran Sala) Rowe y Davis c. Reino Unido, de 16 de febrero de 2000, párrafo 60
STEDH Asan Rushiti c. Austria, de 21 de marzo de 2000
STEDH (Gran Sala) Labita c. Italia, de 4 de abril de 2000, apartado 158
STEDH Ubach Mortes c. Andorra (declaración), de 4 de mayo de 2000
STEDH Coeme y otros c. Bélgica, de 22 de junio de 2000, apartados 107 y 108
STEDH Mattoccia c. Italia, de 25 de julio de 2000, apartado 65
STEDH Tierce y otros c. San Marino, de 25 de julio de 2000, apartado 94
STEDH Daktaras c. Lituania, de 10 de octubre de 2000, apartado 43
STEDH G.J. c. Luxemburgo, de 26 de octubre de 2000, apartado 24
STEDH (Gran Sala) Rey de Grecia y otros c. Grecia, de 23 de noviembre de 2000, apartado 79
STEDH Heaney y McGuinness c. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, apartado 57
STEDH (Gran Sala) Chapman c. Reino Unido, de 18 de enero de 2001, apartados 71 a 74
STEDH Sud Fondi y otros c. Italia, de 20 de enero de 2001, apartado 108
STEDH Lucà c. Italia, de 27 de febrero de 2001, apartado 39
STEDH Dallos c. Hungría, de 1 de marzo de 2001, apartado 47
STEDH Telfner c. Austria, de 20 de marzo de 2001, apartado 15
STEDH Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, de 22 de marzo de 2001, apartados 90 a 106
STEDH B. c. el Reino Unido, de 24 de abril de 2001, apartados 37 y 38
STEDH Kreuz c. Polonia, de 19 de junio de 2001, apartados 54, 58, 66 y 67
STEDH Philips c. Reino Unido, de 5 de julio de 2001, apartado 52
STEDH Meftah y otrosc. Francia (Gran Sala), de 26 de julio de 2001, apartado 45
STEDH Sahiner c. Turquia, de 25 de septiembre de 2001, apartado 44
STEDH Solakov c. La República Yugoslava de Macedonia, de 31 de octubre de 2001, apartado 57
STEDH Lanz c. Austria, de 31 de enero de 2002, apartado 52
STEDH (Gran Sala) Hannover c. Alemania (No. 2), de 7 de febrero de 2002, apartado 95
STEDH Mikulić c. Croacia, de 7 de febrero de 2002, apartado 29
STEDH Visser c. Paises bajos, de 14 de febrero de 2002, apartado 47
STEDH Of del Sol c. Francia, de 26 de febrero de 2002, apartado 20
STEDH Calabrò c. Italia y Alemania (decisión), de 21 de marzo de 2002
STEDH Birutis y otros c. Lituania, de 28 de marzo de 2002, apartado 29
STEDH Stes Colas y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 40
STEDH Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002, apartado 61
STEDH Burdov c. Rusia, de 7 de mayo de 2002, apartado 34
STEDH Jokela c. Finlandia, de 21 de mayo de 2002, apartado 45
STEDH Wierzbicki c. Polonia, de 18 de junio de 2002, apartado 45

STEDH Mulaj y Sallahi c. Austria (declaración) de 27 de junio de 2002
STEDH Janosevic c. Suecia, de 23 de julio de 2002, apartado 68
STEDH Azas c. Grecia, de 19 de septiembre de 2002, apartados 51 a 53
STEDH Cuscani c. Reino Unido, de 24 de septiembre de 2002, apartado 38
STEDH Lavents c. Letonia, de 28 de noviembre de 2002, apartado 114
STEDH Lagerblom c. Suecia, de 14 de enero de 2003, apartado 50
STEDH Peck c. Reino Unido, de 28 de enero de 2003, apartado 59
STEDH Ringvold c. Noruega, de 11 de febrero de 2003
STEDH Y v. Norway, de 11 de febrero de 2003
STEDH Posokhov v. Rusia, de 4 de marzo de 2003, apartado 39
STEDH Pescador Valero c. España, de 17 de marzo de 2003, apartados 24 al 29
STEDH (Gran Sala) Perna c. Italia, de 6 de mayo de 2003, apartado 29
STEDH Georgios Papageorgiu c. Grecia, de 9 de mayo de 2003, apartado 7
STEDH Ruianu c. Rumania, de 17 de junio de 2003, apartado 65
STEDH Dowsett c. Reino Unido, de 24 de junio de 2003, apartados 42-43
STEDH Strech c. Reino Unido, de 24 de junio de 2003, apartado 35
STEDH (Gran Sala), Hatton y otros c. Reino Unido, de 8 de julio de 2003, apartado 121
STEDH Sommerfeld c. Alemania, de 8 de julio de 2003, apartado 84
STEDH Luordo c. Italia, de 17 de julio de 2003, apartado 70
STEDH Smirnova c. Rusia, de 24 de julio de 2003, apartado 95
STEDH Demades c. Turquía, de 31 de julio de 2003, apartados 31 a 34
STEDH Ezeh y Connors c. Reino Unido, de 9 de octubre de 2003
STEDH Baars c. Paises Bajos, de 28 de octubre de 2003
STEDH Stone Court Shipping Company S.A. c. España, de 28 de octubre de 2003, apartados 40 y 43
STEDH Lundkvist c. Suecia (declaración) de 13 de noviembre de 2003
STEDH Grieves c. Reino Unido, de 16 de diciembre de 2003, apartado 69
STEDH Capeau c. Bélgica de 6 de abril de 2004
STEDH (Gran Sala) Assanidze c. Georgia, de 8 de abril de 2004, apartado 181
STEDH (Gran Sala) Broniowski c. Polonia, de 22 de junio de 2004, apartado 147
STEDH Reeves c. Noruega de 8 de julio de 2004
STEDH Miller y otros c. Reino Unido, de 26 de octubre de 2004, párrafos 30 y 31
STEDH Pištorová c. República Checa, de 26 de octubre de 2004, apartado 38
STEDH Y.B. y otros c. Turquía, de 28 de octubre de 2004, apartado 50
STEDH Del Latte c. Paises Bajos de 9 de noviembre de 2004
STEDH Marpa Zeeland B.V. et Metal Welding B.V. C. Paises Bajos, de 9 de noviembre de 2004, apartados 46 a 51
STEDH (Gran Sala) Öneryildiz c. Turquía, de 30 de noviembre de 2004, apartado 134
STEDH Yaroslavtsev c. Rusia, de 2 de diciembre de 2004, apartado 32
STEDH Mayzit c. Rusia, de 20 de enero de 2005, apartado 66
STEDH K.A. y A.D. c. Bélgica, 17 de febrero de 2005, apartados 55 a 58
STEDH A.L. c. Alemania, de 28 de abril de 2005
STEDH Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31
STEDH McHugo c. Suiza de 12 Mayo 2005
STEDH Öcalan c. Turquía, de 12 de mayo de 2005, apartado 140
STEDH Sildedzis c. Polonia, de 24 de mayo de 2005, apartado 45

STEDH Parlanti c. Alemania, de 26 de mayo de 2005, apartado 6
STEDH Fuklev c. Ucrania, de 7 de junio de 2005, apartado 91
STEDH (Gran Sala) Stec y otros c. Reino Unido, de 6 de julio de 2005, apartados 47 a 56
STEDH Jedamski and Jedamska c. Polonia, de 26 de julio de 2005, apartado 66
STEDH Kniat c. Polonia, de 26 de julio de 2005, apartado 41
STEDH Rosenzweig y Bonded Warehouses Ltd. c. Polonia, de 28 de julio de 2005, apartado 49
STEDH Petri Sallinen y otros c. Finlandia, de 27 de septiembre de 2005, apartado 90
STEDH Shannon c. Reino Unido, de 4 de octubre de 2005, apartado 35
STEDH Clinique des Acacias y otros c. Francia, de 13 de octubre de 2005, apartados 37 y 43
STEDH Saliba c. Malta, de 8 de noviembre de 2005, apartado 40
STEDH Bocos-Cuesta c. Países Bajos, de 10 de noviembre de 2005, apartado 72
STEDH Haas c. Alemania (decisión), de 17 de noviembre de 2005
STEDH Capital Bank AD c. Bulgaria, de 24 de noviembre de 2005, apartado 130
STEDH Ouzounoglou c. Grecia, de 24 de noviembre de 2005, apartado 30
STEDH Tourancheau y July c. Francia, de 24 de noviembre de 2005, apartado 66
STEDH Guiso-Gallisay c. Italia, de 8 de diciembre de 2005, apartados 83 y 83
STEDH (Gran Sala) Kyprianou c. Chipre, de 15 de diciembre de 2005, apartado 118
STEDH Kyprianou c. Chipre, de 15 de diciembre de 2005, apartado 121
STEDH Teltronic-CATV c. Polonia, de 10 de enero de 2006, apartados 63 y 64
STEDH Sejdovic c. Italia (Gran Sala), de 1 de marzo de 2006, apartado 90.
STEDH Yassar Hussain c. Reino Unido, de 7 de marzo de 2006
STEDH Martinie c. Francia, de 12 de marzo de 2006, apartado 43
STEDH Puig Panella c. España, de 25 de abril de 2006
STEDH Kleyn y otros c. Paises Bajos, de 6 de mayo de 2003, apartado 193
STEDH Segerstedt-Wiberg y otros c. Suecia, de 6 de junio de 2006, apartado 88
STEDH (Gran Sala) Jalloh c,. Alemania, de 11 de julio de 2006, apartado 70
STEDH Jalloh c. Alemania (Gran Sala), de 11 de julio de 2006, apartados 94 y 95
STEDH Ruianu c. Rumania, de 17 de junio de 2003, apartado 66
STEDH (Gran Sala) Hutten-Czapska c. Polonia, de 19 de junio de 2006, apartado 178
STEDH Vayiç c. Turquía, de 20 de junio de 2006, apartado 44
STEDH Panteleyenko c Ucrania, de 29 de junio de 2006
STEDH Jalloh c. Alemania (Gran Sala), de 11 de julio de 2006, apartado 96
STEDH Popov c. Rusia, de 13 de julio de 2006, apartado 188
STEDH Jakumas c. Lituania, de 18 de julio de 2006, apartado 57
STEDH Grabchuk c Ucrania, de 21 de septiembre de 2006
STEDH Maszni c. Rumanía, de 21 de septiembre de 2006, apartados 68 a 70
STEDH Pandy c. Bélgica, de 21 de septiembre de 2006, apartado 43
STEDH Labergere c. Francia, de 26 de septiembre de 2006, apartado 23
STEDH Pessino c. Francia, de 10 de octubre de 2006, apartado 36
STEDH (Gran Sala) Hermi c. Italia, de 18 de octubre de 2006, apartado 58
STEDH Martin c. Reino Unido, de 24 de octubre de 2006, párrafo 44
STEDH Klimentyev c. Rusia de 16 de noviembre de 2006, apartado 116

STEDH Jussila c. Finlandia, de 23 de noviembre de 2006, apartados 38, 41 y 43
STEDH Gossa c. Polonia, de 9 de enero de 2007, apartado 55
STEDH (Gran Sala) Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartado 65
STEDH Garycki c. Polonia, de 6 de febrero de 2007, apartado 66
STEDH Boldea c. Rumanía, de 15 de febrero de 2007. párrafo 30
STEDH Nešťák c. Eslovaquia, de 27 de febrero de 2007, apartado 88
STEDH Geerings c. Paises Bajos, de 1 de marzo de 2007, apartados 43 a 51
STEDH Heglas c. República Checa, de 1 de marzo de 2007, apartado 84
STEDH Matyjek c. Polonia, de 24 de abril de 2007, apartado 59
STEDH Johannesson y otros c. Islandia, de 18 de mayo de 2017, apartado 48
STEDH Dragotoniu and Militaru-Pidhorni c. Rumania, de 24 de mayo de 2007, apartado 43
STEDH Smirnov c. Rusia, de 7 de junio de 2007, apartado 44
STEDH Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev, de 28 de junio de 2007, apartado 60
STEDH Harutyunyan c. Armenia, de 28 de junio de 2007, apartados 65 y 66
STEDH O'Halloran y Francis c. Reino Unido (Gran Sala), de 29 de junio de 2007, apartado 47
STEDH Sadkov c. Ucrania, de 6 de julio de 2007, apartado 121
STEDH Bimer S.A. c. Moldova, de 10 de julio de 2007, apartado 49
STEDH Jordig c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 64
STEDH Checa Bobek c. Polonia, de 17 de julio de 2007, apartado 56
STEDH F. y M. c. Finlandia, de 17 de julio de 2007, apartado 58
STEDH Kucera c. Slovakia, de 17 de julio de 2007, apartado 119
STEDH Walchli c. Francia, de 26 de julio de 2007, apartado 29
STEDH Moullet c. Francia, de 13 de septiembre de 2007
STEDH (Gran Sala) Regner c. República, de 19 de septiembre de 2017, apartado 146
STEDH Vassilios Stavropoulos c. Grecia, de 27 de septiembre de 2007
STEDH Rorum Maritime S.A. c. Rumania, de 4 de octubre de 2007, apartados 115 a 122
STEDH Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH, de 16 de octubre de 2007, apartados 44 a 46
STEDH D.H. y otros c. República Checa 13 de noviembre de 2007, apartado 175
STEDH Galstyan c. Armenia, de 15 de noviembre de 2007, apartado 91
STEDH Hamer c. Bélgica, de 27 de noviembre de 2007, apartado 60
STEDH (Gran Sala) Ramanauskas c. Lituania, de 5 de febrero de 2008, apartado 51
STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 140
STEDH Huseyn y otros c. Azerbaiyán, de 4 de marzo de 2008, apartado 175
STEDH Vitan c. Rumanía, de 25 de marzo de 2008, apartado 59.
STEDH megadat.com SRL c. Moldova, de 8 de abril de 2008, apartados 62 y 64
STEDH Campos Dâmaso c. Portugal, de 24 de abril de 2008, apartado 31
STEDH (Gran Sala) Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008, apartado 59
STEDH Burden c. Reino Unido, de 29 de abril de 2008, apartado 60
STEDH SC Editura Orizonturi SRL c. Rumanía, de 13 de mayo de 2008, apartado 70

STEDH Nadtochiy c. Ucrania, de 15 de mayo de 2008, apartado 32
STEDH Selenev c. Rusia, de 26 de junio de 2008, apartado 67
STEDH Seleznev c. Rusia, de 26 de junio de 2008, apartado 64
STEDH André y otro c. Francia, de 24 de julio de 2008, apartados 42 a 46
STEDH Vladimir Romanov c. Rusia, de 24 de julio de 2008, apartado 97.
STEDH Schwarzenberger c. Alemania, de 10 de agosto de 2008, párrafo 42
STEDH Moiseyev c. Rusia, de 9 de octubre de 2008, apartado 184
STEDH Taliadorou y Stylianou c. Chipre, de 16 de octubre de 2008
STEDH Khuzhin y otros c. Rusia, de 23 de octubre de 2008, apartados 116 a 118
STEDH Mirilashvili c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008, apartados 158-159
STEDH (Gran Sala) Salduz c. Turquía, de 27 de noviembre de 2008, apartados 54 y 55
STEDH (Gran Sala) S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, apartado 66
STEDH Trofimov c. Rusia, de 4 de diciembre de 2008, apartado 37
STEDH Mirilashvili c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008, apartados 203-209
STEDH Nerattini c. Grecia, de 18 de diciembre de 2008, apartado 23
STEDH Saccoccia c. Austria, de 18 de diciembre de 2008, apartado 88
STEDH Sud Fondi SRL y otros c. Italia, de 20 de enero de 2009, apartado 116
STEDH Polyakov c. Rusia, de 29 de enero de 2009, apartados 34 y 35
STEDH (Gran Sala) Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 22, 29, 70, 82, ss y 83
STEDH Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, apartado 52
STEDH Protopapa c. Turquía, de 24 de febrero de 2009, apartado 80
STEDH Bacanu y SC “R” SA c. Rumanía, de 3 de marzo de 2009, apartados 78 a 82
STEDH Bykov c. Rusia (Gran Sala), de 10 de marzo de 2009, apartado 93
STEDH Poppe c. Países Bajos, de 24 de marzo de 2009, párrafo 26
STEDH Natunen c. Finlandia, de 31 de marzo de 2009, apartado 43
STEDH Altay c. Turquía (No. 2), de 9 de abril de 2009, apartado 57
STEDH Didu c. Rumanía, de 14 de abril de 2009, apartado 41
STEDH Rasmussen c. Polonia, de 28 de abril de 2009, apartados48-49
STEDH Kulikowski c. Polonia, de 19 de mayo de 2009, apartado 70
STEDH Opuz c. Turkia, de 9 de junio de 2009
STEDH Dubus S.A. c. Francia, de 11 de junio de 2009, apartado 61
STEDH D. c. Finlandia, de 7 de julio de 2009, apartado 43
STEDH Zeibek c. Grecia, de 9 de julio de 2009, apartados 45 y 46
STEDH Scoppola c. Italia (No.2), de 17 de septiembre de 2009, apartados 110 a 113
STEDH Matijašević c. Serbia, de 19 de septiembre de 2009, párrafo 49
STEDH (Gran Sala) Micallef c. Malta, de 15 de octubre de 2009, apartado 97
STEDH Gorguiladze c. Georgia, de 20 de octubre de 2009, apartado 67 y 68
STEDH Pandjikidzé y otros c. Georgia, de 27 de octubre de 2009, párrafos 108 al 111
STEDH Davran c. Turquia, de 3 de noviembre de 2009, apartados 40 a 46
STEDH (Gran Sala) Kart c. Turquía, de 3 de diciembre de 2009, apartado 67
STEDH (Gran Sala) Kart c. Turquía, de 3 de diciembre de 2009, apartado 68

STEDH Gurguchiani c. España, de 15 de diciembre de 2009, apartados 40, 47 y 48
STEDH Gardel c. Francia de 17 de diciembre de 2009, apartados 39 a 47
STEDH M. c. Alemania, de 17 de diciembre de 2009, apartado 119
STEDH (Gran Sala) Guiso-Gallisay c. Italia, de 22 de diciembre de 2009, apartado 100
STEDH Parlov-Tkalcic c. Croacia, de 22 de diciembre de 2009
STEDH Penev c. Bulgaria, de 7 de enero de 2010, apartados 33 y 42
STEDH Raza c. Bulgaria, de 11 de febrero de 2010, apartado 53
STEDH Carson y otros c. Reino Unido, 16 de marzo de 2010 apartado 61
STEDH (Gran Sala) Depalle c. Francia, de 29 de marzo de 2010, apartado 63
STEDH Denisova y Moiseyeva c. Rusia, de 1 de abril de 2010, apartado 58
STEDH Fatullayev c. Azerbaiyán, de 22 de abril de 2010, apartado 159
STEDH Kononov c. Letonia, de 17 de mayo de 2010, apartado 233
STEDH (Gran Sala) Gäfgen c. Alemania, de 1 de junio de 2010, apartado 178
STEDH Xavier Da Silveira c. Francia, de 21 de junio de 2010, apartados 37, 42 y 48
STEDH Tendam c. España, de 13 de julio de 2010
STEDH Šikić c. Croacia, de 15 de julio de 2010
STEDH Uzun c. Alemania, de 2 de septiembre de 2010, apartados 51 a 53
STEDH McFarlane c. Irlanda (Gran Sala), de 10 de septiembre de 2010, apartado 143
STEDH DMD Group, A.SD. c Slovakia, de 5 de octubre de 2010, apartados 58 a 61 y 72
STEDH Sakhnovski c. Rusia (Gran Sala), de 2 de noviembre de 2010, apartado 94
STEDH Henryk Urban y Ryszard Urban c. Polonia, de 30 de noviembre de 2010, apartado 45
STEDH Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. c. Slovenia, de 30 de noviembre de 2010, apartados 62 y 63.
STEDH Urbanek c. Austria, de 9 de diciembre de 2010, apartado 52
STEDH Trepashkin c. Rusia (No 2), de 16 de diciembre de 2010, apartado 159
STEDH Société Canal Plus y otros c. Francia, de 21 de diciembre de 2010, apartado 54
STEDH Bok c. Paises Bajos de 18 de enero de 2011
STEDH MGN Limited c. Reino Unido, de 18 de enero de 2011, apartados 150 y 155
STEDH 3ª.CZ S.R.O c República Checa, de 10 de febrero de 2011, apartados 38 a 40
STEDH Welke y Bialek c. Polonia, de 1 de marzo de 2011, apartado 83
STEDH Çelik (Bozkurt) c. Turquía, de 12 de abril de 2011, apartado 30
STEDH Erkol c. Turquía de 19 de abril de 2011
STEDH Kontalexis c. Grecia, de 31 de mayo de 2011, apartado 38 y 42
STEDH Luchaninova c. Ucrania, de 9 de junio de 2011, apartado 63.
STEDH Fruni c. Eslovaquia, de 21 de junio de 2011, párrafo 140
STEDH Shimovolos c. Rusia, de 21 de junio de 2011, apartado 67 y 68
STEDH Pinto Coelho c. Portugal, de 28 de junio de 2011, apartado 33
STEDH VII y Klouvi c. Francia, de 30 de junio de 2011, apartado 48
STEDH Huseyn y otros c. Azerbaijan, de 26 de julio de 2011, apartado 175

STEDH OAO Neftyanaya Kompania Yukos c. Rusia, de 20 de septiembre de 2011, apartado 551
STEDH Shesti Mai Engineering Ood y otros c. Bulgaria, de 20 de septiembre de 2011, apartado 77
STEDH Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia, de 27 de septiembre de 2011, apartado 59
STEDH Tomasović c. Croatia, de 18 de octubre de 2011, apartados 29-32
STEDH Richert c. Polonia, de 25 de octubre de 2011, apartado 41
STEDH Stojkovic c. Francia y Bélgica, de 27 de octubre de 2011, apartado 54
STEDH Allan c. Reino Unido, de 5 de noviembre de 2011, apartado 52
STEDH M.M c. Reiuno Unido, de 13 de noviembre de 2011, apartado 199
STEDH Bazalt Impeks, TOV c Ucrania, de 1 de diciembre de 2011, apartado 21
STEDH (Gran Sala) Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011, apartado 119
STEDH Ashendon y Jones c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011
STEDH Vulakh y otros c. Rusia, de 10 de enero de 2012
STEDH (Gran Sala) Alex Springer AG c. Alemania, de 7 de febrero de 2012, apartados 89 a 95
STEDH Alimuçaj c. Albania, de 7 de febrero de 2012, apartados 154-162
STEDH Diacenco c. Rumanía de 7 de febrero de 2012
STEDH Celine c. Francia, de 8 de marzo de 2012, apartado 35
STEDH Josseaume c. Francia, de 8 de marzo de 2012, apartado 31
STEDH Granos Organicos Nacionales S.A c. Alemania, de 22 de marzo de 2012, apartados 17, 18 y 48
STEDH (Gran Sala) Kotov c. Rusia, de 3 de abril de 2012, apartado 113
STEDH Boulois c. Luxemburgo, de 3 de abril de 2012, apartado 87
STEDH Nicoleta Gheorghe c. Rumania, de 3 de abril de 2012, apartado 26.
STEDH Gabrielyan c. Armenia, de 10 de abril de 2012, apartados 78, 81 al 84
STEDH Lorenzetti c. Italia, de 10 de abril de 2012
STEDH Silickiene c. Lituania, de 10 de abril de 2012, apartado 62
STEDH Lagardère c. Francia de 12 de abril de 2012
STEDH Piechowicz c. Polonia, de 17 de abril de 2012, apartado 212
STEDH Aigner c. Austria, de 1 de mayo de 2012, apartado 37
STEDH UTE Saur Vallnet c. Andorra, de 29 de mayo de 2012, apartados 49 a 51 y 58
STEDH (Gran Sala) Centro Europa 7 SRL y Di Stefano c. Italia, de 7 de junio de 2012, apartado 177
STEDH Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia, de 7 de junio de 2012, apartado 92.
STEDH Constantin Florea c. Rumanía, de 19 de junio de 2012
STEDH (Gran Sala) Herrmann c. Alemania, de 26 de junio de 2012, apartado 72
STEDH Gregacevic c. Croacia, de 10 de julio de 2012, apartado 51
STEDH Hummer c. Alemania, de 19 de julio de 2012, apartado 38
STEDH Đorđević c. Croacia, de 24 de julio de 2012.
STEDH El Haski c. Belgica, de 25 de septiembre de 2012, apartado 85
STEDH (Gran Sala) Vistiņš y Perepjolkins c. Letonia, de 25 de octubre de 2012, apartado 95

STEDH Bernh Larsen Holding AS y otros c. Noruega, de 14 de marzo de 2013, apartado 105.
STEDH Julius Kloiber Schlachthof GMBH y otros c. Austria, de 4 de abril de 2013, apartados 28 a 34
STEDH R.B. c. Hunría, de 12 de abril de 2016, apartado 39
STEDH Ageyevy c. Rusia, de 18 de abril de 2013, apartado 225
STEDH Saint-Paul Luxembourg S.A., de 18 de abril de 2013, apartados 37 y 38
STEDH Eremia c. Republica de Moldova, de 28 de mayo de 2013
STEDH Vinter y otros, de 9 de julio de 2013, apartado 102
STEDH (Gran Sala) Allen c. Reino Unido, de 12 de julio de 2013, apartado 94, 103, 104
STEDH (Gran Sala) Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, de 18 de julio de 2013
STEDH Brežec c. Croacia, de 18 de julio de 2013, apartados 35 y 36
STEDH Topic c. Croacia, de 10 de octubre de 2013, apartado 42
STEDH Gutsanovi c. Bulgaria, de 15 de octubre de 2013, apartado 217
STEDH Winterstein y otros c. Francia, de 17 de octubre de 2013, apartado 141
STEDH del Rio Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartado 117
STEDH Navone y otros c. Monaco, de 24 de octubre de 2013, apartado 74
STEDH Varvara c. Italia de 29 de octubre de 2013, apartados 61, 72 y 73
STEDH (Gran Sala) Söderman c. Suecia, de 12 de noviembre de 2013, apartados 91, 114 y 117
STEDH Pyrantiené c. Lituania, de 12 de noviembre de 2013, apartado 62
STEDH Zagrebacka Banka D.D. c. Croacia, de 12 de diciembre de 2013, apartados 197 y 205
STEDH Nikolava y Vandova c. Bulgaria, de 17 de diciembre de 2013, apartado 74
STEDH Muslija c. Bosnia y Herzegovina, de 14 de enero de 2014, apartados 36-37
STEDH Ceni c. Italia, de 4 de febrero de 2014, apartado 43
STEDH Vella c. Malta, de 11 de febrero de 2014, apartado 56
STEDH Grande Stevens y otros c. Italia, de 4 de marzo de 2014, apartado 101
STEDH Abdu c. Bulgaria, de 11 de marzo de 2014
STEDH Glantz c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014
STEDH Häkkä c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014
STEDH Nykänenc. Finlandia, de 20 de mayo de 2014, apartados 47-54
STEDH Pirttimäki c. Finlancia, de 20 de mayo de 2014, apartado 51
STEDH (Gran Sala) Margus c. Croacia, de 27 de mayo de 2014, apartado 120, 139 y 141
STEDH (Gran Sala), Zoran Spasic, C-129/14 PPU, de 27 de mayo de 2014, apartados 57 a 72
STEDH HIT D.D. Novas Gorica c. Slovenia, de 5 de junio de 2014, apartados 34 a 36 y 41 a 42
STEDH (Gran Sala) Fernández Martínez c. España, de 12 de junio de 2014, apartado 110
STEDH (Gran Sala) S.A.S. c. Francia, de 1 de julio de 2014, apartados 113 a 122
STEDH Milhau c. Francia, de 10 de julio de 2014, apartados 48 a 53
STEDH (Gran Sala) Svinarenko y Slyadnev c. Rusia, de 17 de julio de 2014, apartado 138.

STEDH DELTA PEKÁRNY a.s c. República Checa, de 2 de octubre de 2014, apartado 81
STEDH Sociedad anónima del Ucieza c. España, de 4 de noviembre de 2014, apartados 40 y 41
STEDH Vasilescu c. Bélgica, de 15 de noviembre de 2014, apartado 121
STEDH Heinanen c. Finlandia, de 6 de enero de 2015, apartado 37
STEDH Veits c. Estonia, de 15 de enero de 2015, apartados 72 y 74
STEDH Rinas c. Finlandia, de 27 de enero de 2015
STEDH Kiiveri c. Finlandia, de 10 de febrero de 2015, apartado 35
STEDH Haldimann and Others c. Suiza, de 24 de febrero de 2015, apartado 55
STEDH (Gran Sala) A.T. c. Luxemburgo, de 9 de abril de 2015, apartado 64
STEDH (Gran Sala) Chiragov y otros c. Armenia, de 16 de junio de 2015, apartado 206
STEDH Delfi AS c. Estonia, 16 de junio de 2015
STEDH Dicle y Sadak c. Turquía, de 16 de junio de 2015, apartado 52
STEDH Parrillo c. Italia, de 27 de agosto de 2015, apartado 215
STEDH Berland c. Francia, de 3 de septiembre de 2015, apartados 44 a 47
STEDH Ünsped Paket Servisi San. Ve Tic. a.ş. c. Vulgaria, de 13 de octubre de 2015, apartado 57
STEDH Dvorski c. Croacia, de 20 de octubre de 2015, apartado 77
STEDH Vasiliauskas c. Lithuania, de 20 de octubre de 2015, apartado 153
STEDH Konstantin Stefanov c. Bulgaria, de 27 de octubre de 2015, apartado 64
STEDH (Gran Sala) Couderc y Hachette Filipacchi Associéz c. Francia, de 10 de noviembre de 2015, apartados 90 a 93
STEDH Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal, de 1 de diciembre de 2015, apartado 57
STEDH Gouarré Patte c. Andorra, de 12 de enero de 2016, apartado 30
STEDH Dallas c. Reino Unido, de 11 de febrero de 2016, apartados 72 a 77
STEDH Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, de 16 de febrero de 2016
STEDH M.G. c. Turkia, de 22 de Marzo de 2016
STEDH (Gran Sala) Bédat c. Cuiza, de 29 de marzo de 2016, apartado 72
STEDH M.C. y A.C. c. Rumania, de 12 de abril de 2016, apartado 113
STEDH Kashlev c. Estonia, de 26 de abril de 2016, apartado 53
STEDH Liga Portuguesa de Futbol Profesional c. Portugal, de 17 de mayo de 2016, apartado 74
STEDH Société Oxygène Plus c. Francia, de 17 de mayo de 2016, apartado 47
STEDH, Biao c. Dinamarca, 24 de mayo de 2016, apartado 89
STEDH Popovi c. Bulgaria, de 9 de junio de 2016, apartado 101 y 103
STEDH Saranchov c. Ucrania, de 9 de junio de 2016, apartado 42
STEDH Sia Akka/Laa c. Letonia, de 12 de julio de 2016, apartado 41
STEDH Mamatas y otros c. Grecia, de 21 de julio de 2016, apartado 90
STEDH (Gran Sala) Ibrahim y otros c. Reino Unido, de 13 de septiembre de 2016, apartado 254
STEDH Rivard c Suiza, de 4 de octubre de 2016, apartados 28 a 34
STEDH Žaja c. Croacia, de 4 de octubre de 2016, apartado 86.
STEDH K.S. et M.S C. Alemania, de 6 de octubre de 2016, apartado 48
STEDH Les Authentiks y Supras Auteuil 91 c. Francia, de 27 de octubre de 2016, apartados 49 y 50

STEDH (Gran Sala) A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, apartados 126 y 142
STEDH (Gran Sala) Lupenu Greek Cathiolic Paris y otros C. Rumania, de 29 de noviembre de 2016, apartado 152
STEDH (Gran Sala) Béláné Nagy, de 13 de diciembre de 2016, apartado 112
STEDH (Gran Sala) Paradiso y Campanelli c. Italia, de 24 de enero de 2017, apartado 181
STEDH Koprivnikar c. Slovenia, de 24 de enero de 2017, apartado 56
STEDH (Gran Sala) Simeonovi c. Bulgaria, de 12 de mayo de 2017, apartado 120
STEDH Dragotoniu y Militaru-Pidhorni c. Rumanía, de 24 de mayo de 2007, apartados 43 a 47
STEDH (Gran Sala) Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros c. Bosnia Herzegovina, de 27 de junio de 2017, apartado 112
STEDH (Gran Sala) Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia, de 27 de junio de 2017, apartado 130, 134 y 137
STEDH Jankauskas c. Lituania (No. 2), de 27 de junio de 2017, apartado 76
STEDH Panorama LTD y Milicic c. Bosnia Herzegovina, de 25 de julio de 2017, apartado 64
STEDH Rostovtsev c. Ucrania, de 25 de julio de 2017, apartado 27
STEDH Aviakompaniya A.T.I. c. Ucrania, de 5 de octubre de 2017, apartados 44 y 45
STEDH Navalnyye c. Rusia, de 17 de octubre de 2017, apartado 68
STEDH Güç c. Turquía, de 23 de enero de 2018, apartado 39
STEDH Bikas c. Alemania, de 25 de enero de 2018, apartado 59
STEDH Ramkovski c. República de Macedonia, de 8 de febrero de 2018, apartado 82
STEDH Ramanauskas c. Lithuania (No.2), de 20 de febrero de 2018, apartado 62
STEDH Mockuté c. Lituania, de 27 de febrero de 2018, apartados 93 y 94
STEDH Baldalyan c. Armenia, de 13 de marzo de 2018, apartado 27
STEDH Tsvetkova y otros c. Rusia, de 10 de abril de 2018, apartado 179
STEDH Sergey Ivanov c. Rusia, de 15 de mayo de 2018, apartado 88
STEDH Sharxhi y otros c. Albania, de 11 de junio de 2018, apartado 112
STEDH Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS), de 18 de junio de 2018, apartados 165-166
STEDH Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union c. Ucrania, de 26 de junio de 2018, apartado 167
STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 233
STEDH Tchokhonelidze c. Georgia, de 28 de junio de 2018, apartado 46
STEDH Fefilov c. Rusia de 17 de julio de 2018, apartado 55
STEDH Bartaia c. Georgia, de 26 de julio de 2018, apartado 27
STEDH Vyacheslav Korchagin c. Rusia, de 28 de agosto de 2018, apartado 63
STEDH Leotsakos c. Grecia, de 4 de octubre de 2018, apartados 37 a 40
STEDH Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. c Slovenia, de 23 de octubre de 2018, apartados 53 y 54
STEDH Könyv-tár Kft y otros c. Hungría, de 16 de octubre de 2018, apartado 59.
STEDH Erduran and Em Export Dış Tic. A.Ş. c. Turquía, de 20 de noviembre de 2018, apartado 78

STEDH Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. C. Italia, de 13 de diciembre de 2018, apartado 54
STEDH (Gran Sala) Molla Sali c. Grecia, de 19 de diciembre de 2018, apartado 126
STEDH Khadija Ismayilova, de 10 de enero de 2019, apartados 142 a 150
STEDH SA-Capital OY c. Finlandia, de 14 de febrero de 2019, apartado 66 y 73
STEDH (Gran Sala) Mihalache c. Rumanía, de 8 de julio de 2019, apartado 49.
STEDH Romeo Castaño c. Bélgica, de 9 de julio de 2019, apartados 82, 85 y 91.
STEDH Buturugă c. Rumanía, de 11 de febrero de 2020, apartado 74.
STEDH De Legé c. Paises Bajos, de 4 de octubre de 2022, apartado 74.
STEDH Annon Plakát Kft y otros c. Hungría, de 6 de diciembre de 2022, apartado 44
STEDH HYA, IP, DD, ZI, SS, C-348/21, de 8 de diciembre de 2022, apartado 62.
STEDH Katona y Závarský C. Slovakia, de 9 de febrero de 2023, apartados 61 a 63.
STEDH Zaghini c. San Marino, de 11 de mayo de 2023, apartado 69.
STEDH Janssen de Jong Goep B.V. y otros c. Países Bajos, de 16 de mayo de 2023, apartados 44 y 45.
STEDH Burando Holding B. v. y Port Invest c Países Bajos, de 16 de mayo de 2023, apartados 44 a 47.
STEDH Ships Waste Oil Collector B.V. c. Países Bajos, de 16 de mayo de 2023, apartados 40 a 42.
STEDH Gluckhin c. Rusia, de 4 de julio de 2023, apartado 66.
STEDH Index.hu c. Hungría, de 7 de septiembre de 2023, apartado 40.
STEDH (Gran Sala) Yüksel Yalçinkaya de 26 de septiembre de 2023, apartado 242.
STEDH Total S.a. y Vitol S.A. c. Francia, de 12 de octubre de 2023, apartado 51.

B. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE Erich Stauder c. City of Ulm, Caso 29-69, ce 12 de noviembre de 1969
STJUE Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Caso 11-70, de 17 de diciembre de 1970
STJUE Balkan-Import Export, 55/75, de 22 de enero de 1976, apartado 14
STJUE Simmenthal, 106/77, de 9 de marzo de 1978Rec. p. 629, apartados 21 y 24
STJUE Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Caso 149/77, de 15 de junio de 1978.
STJUE Faust/Comisión, 52/81, de 28 de octubre de 1982, apartado 25
STJUE Racke, asunto 283/83, de 13 de noviembre de 1984
STJUE Heylens, asunto 222/86, de 15 de octubre de 1987
STJUE Tre Traktörer Aktiebolag c. Suecia, de 7 de julio de 1989, apartado 53
STJUE Pine Valley Developments Ltd y otros c. Irlanda, de 29 de noviembre de 1991, apartados 55 y 56
STJUE Borelli, asunto C-97/91, de 3 de diciembre de 1992
STJUE Kraus, C-19/92, de 31 de marzo de 1993, apartado 32 y jurisprudencia citada
STJUE X, C-74/95 y C-129/95, de 12 de diciembre de 1996, apartado 25
STJUE (Gran Sala) Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, apartado 74

STJUE EARL, C-15/95, de 17 de abril de 1997
STJUE Dorsch Consult, C-54/96, de 17 de septiembre de 1997, apartado 23
STJUE Alemania/Consejo, C-122/95, de 10 de marzo de 1998, apartado 56
STJUE T. Port, C-364/95 y C-365/95, de 10 de marzo de 1998, apartado 76
STJUE Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) c. Ministero delle Finanze, C-231/96, de 15 de septiembre de 1998, apartados 34 a 36.
STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, de 8 de julio de 1999, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 145
STJUE Karlsson, C-292/97 de 13 de abril de 2000
STJUE Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, de 7 enero de 2004, apartado 338
STJUE JFE Engineering Corp., T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, de 8 de julio de 2004, apartados 179 y 180
STJUE Öneryıldız c. Turquia, de 30 de noviembre de 2004, apartado 124
STJUE Miraglia, C-469/03, de 10 de marzo de 2005, apartado 30
STJUE Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, de 3 de mayo de 2005, apartados 69 y 70
STJUE Syfait y otros, C-53/03, de 31 de mayo de 2005, apartado 29
STJUE Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, de 28 de junio de 2005, apartado 167
STJUE Alatulkkila y otros c. Finlandia, de 28 de julio de 2005, apartado 66
STJUE (Gran Sala) Sejdovic c. Italia, de 1 de marzo de 2006, apartado 82
STJUE Wilson, C- 506/04, de 19 de septiembre de 2006, apartado 49.
STJUE Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, C-506/04, de 19 de septiembre de 2006, apartado 51, 52, 53
STJUE Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02, de 27 de septiembre de 2006 apartado 59
STJUE Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, EU:T:2006:396, de 14 de diciembre de 2006, apartado 326
STJUE Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, de 11 de enero de 2007, apartado 63
STJUE (Gran Sala) Advocaten voor de Wereld VZW, C-303/05, de 3 de mayo de 2007
STJUE Advocaten voor de Wereld VZW, de 3 de mayo de 2007, apartado 49
STJUE Häupl, C-246/05, de 14 de junio de 2007, apartado 16
STJUE (Gran Sala) C-440/05, de 23 de octubre de 2007
STJUE International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), C-308/06, de 3 de junio de 2008, apartados 69 y 70
STJUE Szymon Kozłowski, C-66/08 PPU, de 17 de julio de 2008
STJUE Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C-127/07, de 16 de diciembre de 2008, apartado 47
STJUE Coop de France bétail et viande y otros/Comisión, C-101/07 P y C-110/07 P, de 18 de diciembre de 2008, apartado 127
STJUE (Gran Sala) Molla Sali c. Grecia, de 19 de diciembre de 2018, apartados 124 y 125
STJUE Vladimir Turanský, C-491/07, de 22 de diciembre de 2008, apartados 35 y 36
STJUE de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C 314/08, Rec. p. I 11049, apartado 81

STJUE Spector Photo Group NV y otros, C-45/08, de 23 de diciembre de 2009, apartado 44, 45 y 62
STJUE Olympique Lyonnais, C-325/08, de 16 de marzo de 2010, apartado 38 y jurisprudencia citada
STJUE Depalle c. Francia, de 29 de marzo de 2010, apartado 62
STJUE de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C 188/10 y C 189/10, Rec. p. I 5667, apartado 43.
STJUE Knauf Gips KG, C-407/08 P, de 1 de julio de 2010, apartados 90 y 91
STJUE Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión, C-550/07, de 14 de septiembre de 2010, apartados 54 y 55 y la jurisprudencia citada
STJUE (Gran Sala) Volker und Markus Schecke GbR, de 9 de noviembre de 2010, apartados 52 y 53
STJUE de 22 de diciembre de 2010, DEB, C-279/09,EU:C:2010:811, apartados 35 y 37
STJUE DEB, C-279/09, de 22 de diciembre de 2010, apartados –entre otros- 33 y 52
STJUE ThyssenKrupp Nirosta GmbH, C 352/09 P, de 29 de marzo de 2011, apartado 80
STJUE Römer, C-147/08, 10 de mayo de 2011, apartado 42
STJUE The Rank Group, C-259/10 y C-260/10, de 10 de noviembre de 2011, apartado 62
STJUE Afrasiabi y otros, C-72/11, de 21 de diciembre de 2011, apartado 44
STJUE (Gran Sala) Toshiba Corporation, C-17/10, de 14 de febrero de 2012, apartado 97 y 103
STJUE Toshiba Corporation y otros, C-17/10, de 14 de febrero de 2012, apartado 94
STJUE G, C- 292/10, de 15 de marzo de 2012, apartado 58
STJUE Ufficio IVA di Piacenza contra Belvedere Costruzioni Srl, C-500/10, de 29 de marzo de 2012, apartado 23
STJUE (Gran Sala), Servet Kamberaj, C-571/10, de 24 de abril de 2012, apartados 61 a 63
STJUE Bonda, C-489/10, de 5 de junio de 2012, apartado 37
STJUE Fabio Caronna, C-7/11, de 28 de junio de 2012, apartado 52
STJUE Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd, C-619/10, de 6 de septiembre de 2012, apartado 52
STJUE Ballast Nedam Infra BV, T-362/06, de 27 de septiembre de 2012, apartado 44
STJUE (Gran Sala) Europese Gemeenschap contra Otis NV y otros, C-199/11, de 6 de noviembre de 2012, apartados 71 y 72
STJUE Epitropos, C-363/11, de 19 de diciembre de 2012, apartado 18
STJUE Sky Österreich, C-283/11, de 22 de enero de 2013, apartados 45 a 48
STJUE (Gran Sala) Åklagaren, C- 617/10, de 26 de febrero de 2013, apartado 22.
STJUE (Gran Sala) Melloni, C- 399/11, de 26 de febrero de 2013
STJUE Åkerberg Fransson, C 617/10, EU:C:2013:105, de 26 de febrero de 2013, apartado 44
STJUE Parkwood Leisure Ltd, C 426/11, de 18 de julio de 2013, apartados 30 a 32

STJUE Schindler Holding Ltd, C 501/11, de 18 de julio de 2013, apartados 124 a 129
STJUE Comisión y otros/Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, de 18 de julio de 2013, apartado 132
STJUE Total Raffinage Marketing/Comisión, T-566/08, de 13 de septiembre de 2013, apartado 47
STJUE Wabco Europe, de 16 de septiembre de 2013, apartado 175
STJUE Schaible, C-101/12, de 17 de octubre de 2013, apartado 77
STJUE Groupe Gascogne SA c. Comisión Europea C-58/12 P, de 26 de noviembre de 2013, apartados 82-88
STJUE Consejo/Manufacturing Support & Procurement Kala Naft, C-348/12 P, sentencia de 28 de noviembre de 2013, apartados 121 y 122
STJUE Susanne Sokoll-Seebacher, C-367/12, de 13 de febrero de 2014, apartado 20, 22 y 23
STJUE Siragusa, C 206/13, de 6 de marzo de 2014, apartado 25 y jurisprudencia citada
STJUE Torralbo Marcos, C 265/13, de 27 de marzo de 2014, apartado 32.
STJUE UPC Telekabel Wien, C-314/12, de 27 de marzo de 2014, apartado 49 y 50
STJUE Szatmári Malom, C-135/13, de 15 de mayo de 2014, apartado 67, O
STJUE Wolfgang Glatzel C. Freistaat Bayern, C-356/12, de 22 de mayo de 2014, apartado 43
STJUE M, C-398/12, de 5 de junio de 2014, apartado 37
STJUE Mahdi, C 146/14 PPU, de 5 de junio de 2014, apartado 79
STJUE M, C-398/12, de 5 de junio de 2014, apartado 28 y 30
STJUE M, C-398/12, y de 5 de junio de 2014, apartados 38 y 39
STJUE Julián Hernández y otros, C 198/13, de 10 de julio de 2014, apartado 37.
STJUE Kalliopi Nikolaou, C-220/13 P, de 10 de julio de 2014, apartado 35
STJUE Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, de 17 de julio de 2014, apartado 48
STJUE Geoffrey Léger, C-528/13, de 29 de abril de 2015
STJUE InnoLux Corp, C- 231/14, de 9 de julio de 2015, Apartado 75
STJUE Siderurgica Latina Martin SpA (SLM) y otros/Comisión, T-389/10 y T-419/10, de 15 de julio de 2015, apartado 219
STJUE Ivo Taricco, C-105/14, de 8 de septiembre de 2015, apartado 57
STJUE C-432/14, de 1 de octubre de 2015, apartado 31
STJUE Orizzonte Salute, C 61/14, de 6 de octubre de 2015, apartados 72 y 79
STJUE Covaci, C-216/14, de 15 de octubre de 2015, apartados 62 y 63
STJUE WebMindLicenses Kft, C-419/1, de 17 de diciembre de 2015, apartados 86 a 91
STJUE Gouarré Patte c. Andorra, de 12 de enero de 2016, apartados 35 y 36
STJUE N., C 601/15 PPU, EU:C:2016:84, de 15 de febrero de 2016, apartado 45 y jurisprudencia citada
STJUE Paweł Dworzecki, C-108/16 PPU, de 24 de mayo de 2016
STJUE MT Højgaard A/S, C-396/14, de 24 de mayo de 2016
STJUE Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, de 2 de junio de 2016
STJUE CRGT Srl, C-27/15, de 2 de junio de 2016

STJUE Moreda-Riviere Trefilerías, S.A, T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, de 2 de junio de 2016, apartado 322
STJUE (Gran Sala) Piotr Kossowsk, C-486/14, de 29 de junio de 2016, apartado 34, 42 y 48
STJUE de 30 de junio de 2016, C-205/15, apartado 41.
STJUE Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov, C-205/15, de 30 de junio de 2016, apartado 36
STJUE Lidl GmbH & Co. KG, C-134/15, de 30 de junio de 2016, apartado 27 y 29
STJUE TNS Dimarso NV, C-6/15, de 14 de julio de 2016
STJUE de 28 de julio de 2016, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, C 543/14, apartado 23 y jurisprudencia citada
STJUE JZ, C-294/16, de 28 de julio de 2016
STJUE Aleksei Petruhhin, asunto C 182/15, de 6 de septiembre de 2016
STJUE Sony Music Entertainment Germany GmbH, C-484/14, de 15 de septiembre de 2016, apartado 88
STJUE Peter Radgen, C-478-15, de 21 de septiembre de 2016
STJUE de 6 de octubre de 2016, Paoletti y otros, C 218/15, EU:C:2016:748, apartado 22, Massimo Orsi (C 217/15), Luciano Baldetti (C 350/15), EU:C:2017:264.
STJUE Paoletti y otros, C 218/15, de 6 de octubre de 2016, apartado 14 y jurisprudencia citada.
STJUE Gianpaolo Paoletti, C-218/15, de 6 de octubre de 2016, apartado 42
STJUE Private Equity Insurance Group» SIA, C-156/15, de 10 de noviembre de 2016
STJUE Mohamed Daouidi y otros, asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016.
STJUE de 8 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 532/15 y C 538/15.
STJUE Connexxion Taxi Services BV, C-171/15, de 14 de diciembre de 2016
STJUE AGET Iraklis, C 201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartados 82 a 95
STJUE (Gran Sala) AGET Iraklis, C-201/15, de 21 de diciembre de 2016, apartado 65, 66 y 67
STJUE Gerrit van Vemde, C-582/15, de 25 de enero de 2017
STJUE Villeroy & Boch AG, C 625/13 P, de 26 de enero de 2017, apartados 145 a 149
STJUE Zucchetti Rubinetteria SpA, C-618/13 P, de 26 de enero de 2017
STJUE Villeroy & Boch AG, C-625/13 P, de 26 de enero de 2017, apartados 145 a 147
STJUE de 7 de marzo de 2017, C 638/16 PPU, apartado 44.
STJUE (Gran Sala) Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) C 390/15, de 7 de marzo de 2017
STJUE Petya Milkova, C-406/15, de 9 de marzo de 2017, apartado 56
STJUE (Gran Sala) Samira Achbita, C-157/15, de 14 de marzo de 2017, apartados 38 y 40
STJUE (Gran Sala) PJSC Rosneft Oil Company, C 72-15, de 28 de marzo de 2017, apartados 162 a 168.
STJUE PJSC Rosneft Oil Company, C-72/15, de 28 de marzo de 2017, apartado 162
STJUE Massimo Orsi y otros, C-217/15 y C-350/15, de 5 de abril de 2017, apartado 23

STJUE Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, de 4 de mayo de 2017
STJUE Archus sp. z o.o., C-131/16, de 11 de mayo de 2017
STJUE (Gran Sala) Berlioz Investment Fund, C-682/15, de 16 de mayo de 2017, apartado 55, 56, 96 y 100
STJUE Verband Sozialer Wettbewerb eV, C-422/16, de 14 de junio de 2017
STJUE Werner Fries, C 190/16, de 5 de julio de 2017
STJUE Moussa Sacko, C-348/16, de 26 de julio de 2017, apartado 47
STJUE Tadas Tupikas, C-270/17 PPU, de 19 de agosto de 2017
STJUE Pescatori La Tonnara Soc. coop, C-350/16, de 13 de septiembre de 2017.
STJUE Casertana Costruzioni Srl, C-223/16, de 14 de septiembre de 2017
STJUE BB construct S. R. O, C 534/16, de 26 de octubre de 2017 apartados 43 a 45.
STJUE Global Steel Wire, S.A., C-457/16 P y C-459/16 P a C-461/16 P, de 26 de octubre de 2017, apartado 84
STJUE (Gran Sala) M.A.S. y M.B. contra Presidente del Consiglio dei Ministri, de 5 de diciembre de 2017
STJUE Soufiane El Hassani, C-403/16, de 13 de diciembre de 2017, apartado 39
STJUE Antonio Miravitles Ciurana, C 243/16, de 14 de diciembre de 2017
STJUE Finanzamt Bingen-Alzey, C 462/16, de 20 de diciembre de 2017
STJUE Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG, C-462/16, de 20 de diciembre de 2017
STJUE Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, C-178/16, de 20 de diciembre de 2017 Apartado 51
STJUE Vaditrans BVBA, C-102/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 56
STJUE Polkomtel sp. z o.o., C-277/16, de 20 de diciembre de 2017, apartado 50
STJUE Samet Ardic, C-571/17 PPU, de 22 de diciembre de 2017, apartado 75
STJUE Luca Menci, C-524/15, de 20 de marzo 2018, apartado 55
STJUE Garlsson Real Estate SA, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 56
STJUE (Gran Sala), Luca Menzi, C-524/15, de 20 de marzo de 2018, apartado 60
STJUE (Gran Sala) Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 33, 35, 37, 38, 42, 46, 48, 54, 55, 56, 62 y 63
STJUE (Gran Sala) Enzo Di Puma y otros, C-596/16 y C-597/16, de 20 de marzo de 2018, apartado 26, 40, 44 y 45
STJUE (Gran Sala), Luca Menzi, C-524/15, de 20 de marzo de 2018, apartado 56 y 63
STJUE (Gran Sala) Vera Egenberger, C-414/16, de 17 de abril de 2018, apartados 78 y 79
STJUE (Gran Sala) Grupo Norte Facility, S.A., C 574/16, de 5 de junio de 2018
STJUE Kolev y otros, C-612/15, de 5 de junio de 2018, apartado 96
STJUE MB, C.451/16, de 26 de junio de 2018
STJUE Spika UAB y otros, C 540/16, de 12 de julio de 2018
STJUE VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM), Iveco Orecchia SpA, C-14/17, de 12 de julio de 2018
STJUE Gardenia Vernaza Ayovi, C 96/17, de 25 de julio de 2018
STJUE AY, C-268/17, de 25 de julio de 2018, apartado 44
STJUE Hubert Clergeau, C-115/17, de 7 de agosto de 2018, apartados 25 a 27
STJUE Amil Milev, C-310/18 PPU, de 19 de septiembre de 2018, apartado 48
STJUE (Gran Sala) XC y otros, C-234/17, de 24 de octubre de 2018, apartado 38

STJUE (Gran Sala) Denis Raugevicius, C-247/17, de 13 de noviembre de 2018, apartados 36 y 46 a 48
STJUE National Iranian Tanker Company, C-600/16 P, de 29 de noviembre de 2018, apartado 83
STJUE Biogaran, T-677/14, de 12 de diciembre de 2018, apartado 129
STJUE Groupe Canal + S, T-873/16, de 12 de diciembre de 2018, apartado 86
STJUE Petar Dzivev, C-310/16, de 17 de enero de 2019
STJUE Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG, C-220/17, de 30 de enero de 2019, apartado 92.
STJUE Islamic Republic of Iran Shipping Line y otros, C-225/17, de 31 de enero de 2019, apartado 59
STJUE RH, C-8/19 PPU, de 12 de febrero de 2019
STJUE Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A, C-617/17, de 3 de abril de 2019, apartado 33
STJUE PI, C-230/18, de 8 de mayo de 2019, apartados 79, 80 y 85
STJUE (Gran Sala), Hungría, C-235/17, de 21 de mayo de 2019, apartado 69.
STJUE Gianluca Moro, C-646/17, de 13 de junio de 2019, apartado 70
STJUE Massimo Gambino, C-38/18, de 29 de julio de 2019, apartados 54 a 59.
STJUE Miasto Łowicz y Prokurator Generalny, C-558/18 y C-563/18, de 26 de marzo de 2020, apartado 32.
STJUE F. Hoffmann-La Roche Ltd y otros, C-261/21, de 7 de julio de 2022, apartado 43.
STJUE IG, C-289/21, de 24 de noviembre de 2022, apartados 33 a 35.
STGUE KN, T-401/21, de 30 de noviembre de 2022, apartado 67.
STJUE JK y TP S.A., C-356/21, de 12 de enero de 2023, apartado 74.
STJUE V.S. C-205/21, de 26 de enero de 2023, apartado 86.
STJUE Casino, Guichard-Perrachon SA y otros, C-690/20 P, de 9 de marzo de 2023, apartado 122.
STJUE Intermarché Casino Achats SARL, C-693/20 P, de 9 de marzo de 2023, apartado 142;
STJUE IP, DD, ZI, SS, HYA, C-269/22, de 30 de marzo de 2023, apartado 22.
STJUE DIGI Communications NV, C-329/21, de 20 de abril de 2023, apartado 60.
STJUE MV, C-97/21 de 4 de mayo de 2023, apartado 38.
STJUE (Gran Sala) Procureur de la République y otros, C-660/21, de 22 de junio de 2023.
STJUE (Gran Sala) C.I., C.O., K.A., L.N., S.P., C-107/23 PPU, de 24 de julio de 2023.
STJUE Volkswagen Group Italia SpA y otros, C-27/22, de 14 de septiembre de 2023.
STJUE GR, HS, IT, C-726/21, de 12 de octubre de 2023.
STJUE (Gran Sala) Deutsche Wohnen SE, C-807/21, de 5 de diciembre de 2023.

C. Tribunal Constitucional

ATC 332/1985, de 22 de mayo, FJ 4
ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6
ATC 355/1991, de 25 de noviembre, FJ 5
ATC 3/1993, de 11 enero, FJ 1
ATC 72/1993, de 1 de Marzo, FJ 1

ATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3
ATC 250/1994, de 19 de septiembre, FJ 2
ATC 263/1995, de 27 de septiembre
ATC 282/1995, de 23 de octubre
ATC 36/1996, de 12 de febrero, FJ 4
ATC 43/1996, de 26 de febrero, FJ 2
ATC 365/1997, de 10 de noviembre, FJ 2
ATC 146/1998, de 25 de junio, FJ 4
ATC 241/2003 de 14 de julio
ATC 357/2003, de 10 de noviembre, FJ 2
ATC 195/2005 de 9 de mayo
ATC 237/2012, de 11 de diciembre, FJ 3

STC 2/1981, de 3 de enero, FJ 4
STC 11/1981 de 24 de febrero
STC 15/1981 de 24 de febrero
STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 7
STC 22/1981, de 2 de julio
STC 29/1981, de 24 de julio, FJ 6
STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3
STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3
STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2
STC 38/1981, de 23 de noviembre
STC 9/1982, de 10 de marzo
STC 13/1982, de 1 de abril, FJ 2
STC 20/1982, de 10 de marzo, FJ 1
STC 31/1982, de 28 de julio, FJ 3
STC 36/1982 de 16 de junio
STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 2
STC 55/1982, de 26 de julio, FJ 2
STC 56/1982, de 26 de julio, FJ 2
STC 62/1982 de 15 de octubre
STC 68/1982, de 13 de mayo, FJ 3
STC 75/1982, de 13 de diciembre
STC 78/1982, de 20 de diciembre
STC 11/1983, de 21 de febrero, FJ 6
STC 19/1983, de 14 de marzo.
STC 36/1983, de 11 de mayo, FJ 2
STC 53/1983, de 20 de junio
STC 75/1983, de 2 de agosto
STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4
STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8
STC 122/1983, de 26 de octubre, FJ 2
STC 36/1984, de 14 de marzo
STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3
STC 114/1984, de 29 de noviembre
STC 38/1985, de 8 de marzo
STC 62/1985, de 6 de febrero, FJ 4

STC 51/1985, de 10 de abril
STC 53/1985, de 20 de junio, FJ 1
STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2
STC 107/1985, de 7 de octubre
STC 137/1985, de 17 de octubre
STC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3
STC 162/1985, de 29 de noviembre
STC 22/1986, de 14 de febrero, FJ 3
STC 23/1986, de 14 de febrero, FJ 1
STC 42/1986, de 10 de abril
STC 64/1986, de 21 de mayo
STC 76/1986, de 9 de junio
STC 89/1986, de 1 de julio, FJ 2
STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4
STC 104/1986, de 17 de julio
STC 140/1986 de 16 de septiembre, FJ 2
STC 160/1986 de 16 de septiembre, FJ 2
STC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2
STC 141/1986, de 12 de noviembre
STC 148/1986, de 25 de noviembre
STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13
STC 12/1987, de 4 de febrero
STC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4
STC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5
STC 21/1987, de 19 de febrero
STC 42/1987 de 24 de febrero
STC 37/1987, de 26 de marzo
STC 196/1987, de 8 de abril
STC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2
STC 53/1987, de 7 de mayo, FFJJ 1 y 2
STC 91/1987, de 3 de junio, FJ 6
STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2
STC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6
STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5
STC 147/1987 de 25 de septiembre, FJ 3
STC 196/1987, de 27 de septiembre, FJ 5
STC 152/1987, de 7 de octubre, FJ 2
STC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2
STC 167/1987, de 29 de octubre, FJ 2
STC 191/1987, de 1 de diciembre, FJ 2
STC 196/1987, de 11 de diciembre
STC 199/1987, de 16 de diciembre
STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5
STC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 5
STC 19/1988, de 16 de febrero
STC 22/1988, de 6 de febrero, FJ 4
STC 25/1988, de 6 de febrero, FJ 4
STC 37/1988, de 3 de marzo

STC 50/1988, de 22 de marzo, FJ 3
STC 52/1988, de 24 de marzo, apartado 4
STC 60/1988, de 8 de abril
STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4
STC 101/1988 de 24 de febrero
STC 137/1988, de 6 de febrero, FJ 4
STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1
STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5
STC 164/1988, de 26 de septiembre, FJ 1
STC 176/1988, de 4 de octubre
STC 216/1988, de 14 de noviembre
STC 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3
STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11
STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5
STC 256/1988, de 21 de diciembre, FJ 2
STC 18/1989, de 30 de enero, FJ 1
STC 17/1989, de 30 de enero, FJ 7
STC 23/1989, de 2 de febrero
STC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12
STC 83/1989, de 10 de mayo, FJ 3
STC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4
STC 106/1989, de 8 de junio, FJ 2
STC 135/1989, de 19 de julio
STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b
STC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2
STC 201/1989, de 6 de diciembre, FJ 4
STC 217/1989, de 6 de diciembre, FJ 4
STC 51/1990, de 6 de febrero, FJ 4
STC 17/1990, de 7 de febrero, FJ 17
STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3
STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3
STC 126/1990, de 5 de julio, FJ 4
STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 2
STC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5
STC 164/1990, de 29 de octubre
STC 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3
STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5
STC 6/1991, de 15 de enero, FJ 7
STC 36/1991, de 14 de febrero. FJ 5
STC 41/1991, de 25 de febrero, FJ 2
STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2
STC 80/1991, de 15 de abril
STC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2
STC 138/1991, de 20 de junio, FJ 2
STC 150/1991, de 4 de julio
STC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3
STC 196/1991, de 17 de octubre, FJ 3
STC 194/1991, de 17 de octubre, FJ 4

STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5
STC 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2
STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2
STC 245/1991, de 16 de diciembre
STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2
STC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3
STC 10/1992, de 6 de febrero, FJ 4
STC 47/1992, de 12 de julio, FJ 3
STC 99/1992, FJ 2, de 24 de enero
STC 92/1992, de 11 de junio, FJ 3
STC 118/1992 de 16 de septiembre, FJ 2
STC 127/1992, de 28 de septiembre, FJ 2
STC 138/1992, de 13 de octubre, FJ 1
STC 152/1992, de 19 de octubre
STC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4
STC 241/1992, de 21 de diciembre, FJ 4
STC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2
STC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4
STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 3
STC 47/1993, de 31 de mayo, FJ 2
STC 64/1993, de 1 de marzo
STC 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2 b)
STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3
STC 111/1993, de 25 de marzo
STC 162/1993, de 24 de enero
STC 186/1993, de 7 de junio
STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4
STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b
STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4 e)
STC 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2
STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5
STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3
STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 4
STC 323/1993, de 6 de noviembre, FJ 4
STC 38/1994, de 17 de enero
STC 35/1994, de 31 de enero
STC 53/1994 de 24 de febrero
STC 64/1994, de 28 de febrero, FJ 3
STC 85/1994, de 14 de marzo
STC 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4
STC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2
STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 d)
STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4
STC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 3
STC 169/1994, de 6 de junio, FJ 2
STC 177/1994, de 10 de junio, FJ 1
STC 181/1994, de 20 de junio
STC 198/1994, de 4 de julio, FJ 3

STC 205/1994, de 1 de julio, FJ 3
STC 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3
STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4
STC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3
STC 270/1994, de 17 de octubre. FJ 5
STC 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2
STC 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 4
STC 4/1995, de 6 de febrero, FJ 1
STC 18/1995, de 24 de enero
STC 32/1995, de 6 de febrero, FJ 4
STC 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3
STC 48/1995, de 14 de febrero, FJ 2
STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2
STC 52/1995, de 23 de febrero
STC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5
STC 103/1995, de 3 de julio, FJ 3
STC 110/1995, de 4 de julio, FJ 4
STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2
STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 2
STC 139/1995, de 26 de septiembre
STC 146/1995, de 16 de octubre, FJ 2
STC 181/1995, de 11 de diciembre
STC 183/1995, de 11 de diciembre
STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6
STC 1/1996 de 15 de enero
STC 23/1996, de 14 de febrero, FJ 1
STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5
STC 49/1996, de 26 de marzo
STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2
STC 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1
STC 157/1996, de 6 de noviembre, FJ 5
STC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 8
STC 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 3
STC 204/1996, de 16 de diciembre. FJ 2
STC 1/1997, de 13 de enero, FJ 2
STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3
STC 7/1997, de 14 de enero, FJ 3
STC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5
STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7
STC 64/1997, de 7 de abril, FJ 3
STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6
STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4
STC 154/1997, de 29 de septiembre
STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5
STC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7
STC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4
STC 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2
STC 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2

STC 234/1997, de 18 de diciembre
STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5
STC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2
STC 78/1998, de 31 de marzo, FJ 7
STC 81/1998, de 2 de abril
STC 99/1998, de 4 de mayo, FJ único
STC 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2
STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4
STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 3
STC 221/1998, de 24 de noviembre, FJ 3
STC 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3
STC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2
STC 3/1999, de 25 de enero, FJ 4
STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3
STC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5
STC 49/1999, de 5 de abril
STC 55/1999, de 12 de abril, FJ 2
STC 56/1999, de 12 de abril, FJ 4
STC 62/1999, de 22 de abril, FJ 4
STC 32/1999, de 22 de abril, FJ 4
STC 70/1999, de 26 de abril, FJ 5
STC 71/1999, de 26 de abril, FJ 3
STC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4
STC 102/1999, de 31 de mayo, FJ 2
STC 101/1999, de 31 de mayo
STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 2
STC 136/1999 de 20 de julio
STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3
STC 150/1999, de 25 de septiembre
STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2
STC 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3
STC 198/1999, de 25 de octubre, FJ 7
STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6
STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5
STC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1
STC 223/1999, de 29 de noviembre, FJ 4
STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2
STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 5
STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2
STC 37/2000, de 14 de febrero
STC 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5
STC 75/2000, de 27 de marzo, FJ 2
STC 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3
STC 91/2000, de 30 de marzo
STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 5
STC 102/2000, de 10 de abril, FJ 2
STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4
STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4

STC 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3
STC 154/2000, de 12 de junio, FJ 2
STC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3
STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19
STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 4
STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 2
STC 202/2000, de 24 de julio, FJ 3
STC 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 2
STC 214/2000, de 16 de octubre, FJ 3
STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7
STC 278/2000, de 27 de noviembre
STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4
STC 22/2001, de 29 de enero, FJ 4
STC 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4
STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 21
STC 60/2001 (pleno), de 17 de marzo FJ 26
STC 67/2001, de 17 de marzo
STC 73/2001 de 26 de marzo
STC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4
STC 122/2001, de 4 de junio, FJ 5
STC 125/2001, de 4 de junio
STC 132/2001, de 7 de junio, FJ 2
STC 154/2001, de 2 de julio, FJ 4
STC 162/2001, de 5 de julio, FJ 2
STC 168/2001, de 16 de julio, FJ 7
STC 174/2001, de 26 de julio, FJ 3
STC 149/2001, de 27 de julio
STC 178/2001, de 17 de septiembre
STC 193/2001, de 14 de septiembre, FJ 3
STC 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 2
STC 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3
STC 238/2001, de 18 de diciembre, FJ 4
STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7
STC 4/2002, de 14 de enero
STC 12/2002, de 28 de enero, FJ 4
STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2
STC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3
STC 70/2002 de 3 de abril
STC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3
STC 91/2002, de 22 de abril
STC 111/2002, de 6 de mayo, FJ 2
STC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5
STC 133/2002, de 3 de junio, FJ 6
STC 145/2002, de 15 de julio, FJ 3
STC 152/2002, de 15 de julio, FJ 2
STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2
STC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2
STC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4

STC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3
STC 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4
STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5
STC 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 3
STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3
STC 11/2003, de 27 de enero
STC 20/2003 de 10 de febrero
STC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5
STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 8
STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 2
STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 5
STC 47/2003, de 3 de marzo, FJ 2
STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9
STC 75/2003, de 23 de abril, FJ 5
STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2
STC 85/2003, de 8 de mayo
STC 105/2003, de 2 de junio, FJ 2
STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8
STC 129/2003, de 30 de junio, FJ 8
STC 130/2003, de 30 de junio, FJ 2
STC 133/2003 de 30 de junio
STC 176/2003, de 10 de octubre
STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3
STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4
STC 199/2003, de 10 de noviembre
STC 206/2003, de 1 de diciembre
STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3
STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4
STC 11/2004, de 9 de febrero
STC 24/2004, de 24 de febrero
STC 55/2004, de 19 de abril
STC 99/2004, de 27 de mayo
STC 131/2004, de 19 de julio, FJ 4
STC 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3
STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4
STC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 4
STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5
STC 246/2004, de 20 de diciembre
STC 4/2005 de 17 de enero
STC 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3
STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 5
STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3
STC 68/2005, de 31 de marzo
STC 69/2005, de 4 de abril, FJ 2
STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5
STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4
STC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6
STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5

STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 4
STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 3
STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 10
STC 240/2005 de 10 de Octubre
STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4
STC 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2
STC 249/2005, de 10 de octubre, FJ 3
STC 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4
STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5,
STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5
STC 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2
STC 1/2006, de 16 de enero, FJ 4
STC 8/2006, de 16 de enero, FJ 2
STC 9/2006, de 16 de enero, FJ 4
STC 12/2006, de 16 de enero, FJ 2
STC 16/2006, de 19 de enero
STC 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4
STC 72/2006, de 13 de marzo, FJ 2
STC 85/2006 de 27 de marzo
STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 20
STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9
STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5
STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3
STC 177/2006, de 5 de junio, FJ 3
STC 251/2006, de 25 de julio, FJ 11
STC 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4
STC 283/2006, de 9 de octubre
STC 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3
STC 306/2006, de 23 de octubre, FJ 2
STC 313/2006, de 8 de noviembre, FJ 4
STC 314/2006, de 8 de noviembre, FJ 4
STC 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2
STC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5
STC 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4
STC 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)
STC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3
STC 359/2006 de 18 de diciembre
STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4
STC 42/2007 de 26 de febrero
STC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6
STC 73/2007, de 16 de abril, FJ 3
STC 77/2007 de 16 de abril
STC 110/2007, de 10 de mayo
STC 156/2007, de 2 de julio, FJ 6
STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 3
STC 203/2007, de 24 de septiembre
STC 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4
STC 223/2007, de 22 de octubre, FJ 2

STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14
STC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3
STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10
STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2
STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3
STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11
STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4
STC 81/2008, de 17 de julio
STC 82/2008, de 17 de julio
STC 80/2008, de 17 de julio
STC 76/2008, de 17 de julio
STC 99/2008, de 24 de julio
STC 95/2008, de 24 de julio
STC 96/2008, de 24 de julio
STC 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3
STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3
STC 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5
STC 164/2008 de 15 de diciembre, FJ 4
STC 174/2008 de 22 de diciembre
STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5
STC 45/2009, de 19 de febrero
STC 50/2009, de 23 de febrero, FJ 5
STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 4
STC 120/2009, de 18 de mayo
STC 127/2009, de 26 de mayo
STC 147/2009, de 15 de junio
STC 151/2009, de 25 de junio
STC 152/2009, de 25 de junio
STC 153/2009, de 25 de junio
STC 154/2009, de 25 de junio
STC 160/2009, de 29 de junio, FJ 4
STC 164/2009, de 2 de julio
STC 165/2009, de 3 de julio
STC 177/2009, de 21 de julio
STC 178/2009, de 23 de julio
STC 179/2009, de 21 de julio
STC 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 4
STC 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2
STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 9
STC 198/2009, de 28 de septiembre, FJ 4
STC 201/2009, de 27 de octubre
STC 203/2009, de 27 de octubre, 202/2009
STC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3
STC 207/2009, de 23 de noviembre, FJ 2
STC 213/2009, de 26 de noviembre
STC 1/2010, de 11 de enero, FJ 3
STC 26/2010, de 27 de abril
STC 37/2010, de 19 de julio, FJ 2

STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9
STC 45/2010, de 28 de julio, FJ 4
STC 57/2010, de 10 de octubre, FJ 9
STC 60/2010, de 7 de octubre
STC 68/2010, de 18 de octubre
STC 77/2010, de 19 de octubre, FJ 4 c
STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 2
STC 126/2010, de 20 de noviembre, FJ 3
STC 121/2010, de 29 de noviembre, FJ 7
STC 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2
STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3 y 4
STC 6/2011, de 14 de febrero, FJ 2
STC 8/2011, de 28 de febrero
STC 16/2011, de 28 de febrero, FJ 3
STC 36/2011, de 28 de marzo
STC 38/2011, de 28 de marzo, FJ 2
STC 39/2011, de 31 de marzo, FF JJ 2 y 3
STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9
STC 50/2011, de 14 de abril.
STC 64/2011, de 16 de mayo
STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 9
STC 127/2011, de 18 de julio, FJ 3
STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3
STC 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3
STC 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8
STC (Pleno) 20/2012, de 16 de febrero, FJ 9
STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 5
STC 70/2012, de 16 de abril, FJ 3
STC 101/2012, de 8 de mayo
STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 6
STC 114/2012, de 24 de mayo, FJ 3
STC 115/2012, de 4 de junio, FJ 2
STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4
STC 129/2012, de 18 de junio, FJ 2
STC 130/2012, de 18 de junio, FJ 2
STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 8
STC 171/2012, de 4 de octubre
STC 200/2012, de 12 de noviembre, FJ 3
STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 6
STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12
STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 4
STC 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5
STC 53/2013, de 28 de febrero, FFJJ 3 a 5
STC 75/2013, de 8 de abril, FJ 3
STC (Pleno) 88/2013, de 11 de abril, FJ 12
STC 96/2013, de 23 de abril, FJ 8
STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4
STC 151/2013, de 9 de septiembre

STC 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 3
STC 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5
STC 212/2013, de 16 de diciembre
STC 13/2014, de 30 de enero, FJ 2
STC 14/2014, de 30 de enero, FJ 2
STC 15/2014, de 30 de enero, FJ 2
STC 16/2014, de 30 de enero, FJ 2
STC 53/2014, de 10 de abril. FJ 7
STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4
STC 79/2014, de 28 de mayo
STC 89/2014, de 9 de junio, FJ 4
STC 99/2014, de 23 de junio, FJ 4
STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 5
STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3
STC 129/2014, de 21 de julio, FJ 2
STC 133/2014, de 22 de julio
STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2
STC 178/2014, de 3 de noviembre
STC 179/2014, de 3 de noviembre, FJ 3
STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 5
STC 185/2014, de 6 de noviembre
STC 187/2014, de 17 de noviembre
STC 7/2015, 22 de enero, FJ 3
STC 33/2015, de 2 de marzo, FJ4
STC 54/2015, de 16 de marzo
STC 55/2015, de 16 de marzo, FJ 4 b)
STC 74/2015, de 27 de abril, FJ 4
STC 112/2015, de 8 de junio, FJ 4
STC 183/2015 de 10 de septiembre
STC 194/2015, de 21 de septiembre
STC 207/2015, de 5 de octubre
STC 218/2015, de 22 de octubre
STC 223/2015, de 2 de noviembre
STC 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 2
STC 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6
STC 38/2016, de 3 de marzo
STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3
STC 51/2016, de 14 de marzo, FJ 1
STC 75/2016, de 31 de mayo
STC 117/2016, de 20 de junio, FJ 4
STC 138/2016, de 18 de julio, FJ 3
STC 140/2016, de 21 de julio, FJ 5
STC 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 7
STC (Pleno) 8/2017, de 19 de enero, FJ 7
STC 10/2017, de 30 de enero, FJ 4
STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7
STC 30/2017, de 27 de febrero, FJ 5
STC 40/2017, de 24 de abril

STC 70/2017, de 5 de junio
STC 74/2017, de 19 de junio
STC 83/2017, de 3 julio
STC 84/2017, de 3 de julio
STC 86/2017, de 4 de julio
STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 15
STC 104/2017, de 18 de septiembre
STC 119/2017, de 5 de octubre, FJ 4
STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9
STC 135/2017, de 27 de noviembre, FJ 4
STC 146/2017, de 14 de diciembre
STC 7/2018, de 25 de enero, FJ 7 a)
STC 25/2018, de 5 de marzo, FJ 2
STC (Pleno) 21/2018, de 5 de marzo, FJ 7
STC 37/2018, de 23 de abril
STC 36/2018, de 23 de abril, FJ 7
STC 45/2018, de 26 de abril, FJ 4
STC 59/2018, de 4 de junio
STC 92/2018, de 17 de septiembre, FJ 4
STC 103/2018, de 4 de octubre, FJ 8
STC 130/2018, de 12 de diciembre, FJ 5
STC 131/2018, de 12 de diciembre, FJ 5
STC 129/2018, de 12 de diciembre, FJ 6
STC 1/2019, de 14 de enero, FJ 3
STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 3
STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 e).
STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 4.
STC 47/2019, de 8 de abril, FJ 3
STC 76/2019, de 22 de mayo.
STC 83/2019, de 17 de junio, FJ 6
STC 85/2019, de 19 de junio, FJ 6.
STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 5.
STC 16/2021, de 28 de enero, FJ 9.
STC 7/2023, de 21 de febrero, FJ 6.
STC 69/2023, de 19 de junio, FJ 3.
STC 179/2023, de 121 de diciembre, FJ 3.

III. Bibliografía

AGUILERA GORDILLO, R. (2018) Compliance penal en España, Aranzadi, Navarra, 2018.

AGUILERA GORDILLO, R. (2018) Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program. Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2018.

AGUILERA GORDILLLO, R. (2022) Manual de Compliance Penal en España, Aranzadi, Madrid.

AGUILERA GORDILLO, R. (2023) Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y behavioral game theory, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Nº. 25.

AICPA:

- AU § 319
- AU-C §315
- Statement on Auditing Standar 78
- Statement on Auditing Standar 145

ALARCÓN CABRERA, C. (2003) Las lógicas deónticas de Georg H. von Wright. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 26.

ALARCÓN GARRIDO, A (2016) Manual teorico-práctico del compliance officer, Sepin, Madrid.

ALCOLEA CANTOS; J.M., PARDO PARDO; J.M. (Coord.) (2019) Defensa Corporativa y Compliance, Aranzadi, Navarra.

ARTAZA VARELA, O. (2013) Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Nº. 16.

ARTAZA VARELA, O. (2013) La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites, Marcial Pons, Madrid.

ARTAZA VARELA, O. (2022) Una «estrategia restaurativa» en el ámbito de la responsabilidad penal de personas jurídicas: una aproximación teórica, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, núm. 88, junio-noviembre.

ARTAZA VARELA, O. (2022) La atribución de "déficit de conocimiento" en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como problema de imputación "subjetiva", en Un modelo integral de Derecho penal, Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, BOE, Madrid, 2022, págs. 573-588.

AUSTIN, J.L., y URMSON, J.O. (1990) Cómo Hacer Cosas Con Palabras: Palabras y Acciones 3A. reimp ed. Paidós Barcelona.

BACIGALUPO SAGUESSE, S. (1998) La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona.

BACIGALUPO SAGUESSE, S. (1999) Los derechos fundamentales de las personas jurídicas, Revista del poder judicial, Nº 53, Madrid, págs. 49-106.

BACIGALUPO SAGUESSE, S. (2011) Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP), Diario La Ley, Nº 7541.

BACIGALUPO SAGUESSE, S. (2016) La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación en el Código Penal, en Estudios de Derecho

Penal, Homenaje al profesor Miguel Bajo, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
BACIGALUPO SAGUESSE, S. (2021) Compliance. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 21, págs. 260-276
BACIGALUPO ZAPATER, E. (2010) Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)", Diario La Ley, nº 7441, 2010.
BACIGALUPO ZAPATER, E. (2011) Compliance y Derecho penal, Aranzadi, Navarra.
BAJO FERNÁNDEZ, M. (1981) De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en ADPCP, 1981, págs. 371 y ss.
BAJO FERNÁNDEZ, M. (2011) ¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma?: a propósito de una doctrina del TEAC sobre el artículo 179 LGT en ADPCP, 2011, págs. 11-29 ss.
BAJO FERNÁNDEZ, M. (2016) Cap. I Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador Español, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, segunda edición, Civitas, Madrid.
BARDAVÍO ANTÓN, C. (2022) Imputación e injusto de la responsabilidad penal de la persona jurídica: lineamientos de un modelo de «autor detrás del autor», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Nº. 24, 2022.
BELARDINELLI, S. (2018) La Teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas -Anuario Filosófico 24, págs. 115–123, 2018.
BENDEZÚ BARNUEVO, R.F. (2020), Tesis Doctoral, La graduación (¿subjetiva?) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, UPF.
BUSATO, P.C., (2019) Tres tesis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia.
CARBONELL MATEU, J.C. (2011) Responsabilitat penal de les persones jurídiques: reflexions entorn de la seva "dogmàtica" i al sistema de la reforma de 2010 del Codi penal, RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears, Nº. 9.
CASANOVAS YSLA, A. (2017) Compliance penal normalizado, el estándar UNE 19601, Aenor, Madrid.
CASANOVAS YSLA, A. (2018) Serie compliance avanzado 5, detectando el paper compliance, KPMG.
CASANOVAS YSLA, A. (2021) Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021, Aenor, Madrid.
CIGÜELA SOLA, J. (2014) La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Tesis Doctoral, Barcelona.
CIGÜELA SOLA, J. (2017) Culpabilidad, identidad y organización colectiva, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Nº. 24.
CIGÜELA SOLA, J. (2019) Compliance más allá de la ciencia penal, Indret: Nº. 4.
CIGÜELA SOLA, J. (2020) Cultura corporativa, compliance e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal, La Ley Penal Compliance nº 2.
COASE, R.H., (1937) The Nature of the Firm, Economica, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov).
COASE, R.H., (1960) The problem of social cost, The Journal of Law & Economics Vol. 3 (Oct).

COCA VILA, Ivó, "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?" en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.) (2013) Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Atelier, págs. 43-76.
COSO (1992) "Internal Control - Integrated Framework" (Control Interno - Marco integrado) 1992.
COSO (2004) "Enterprise Risk Management (ERM) – Integrated Framework" (Gestión del Riesgo Empresarial - Marco integrado) 2004.
COSO (2013) "Internal Control - Integrated Framework" (Control Interno - Marco integrado).
COSO (2017) "Enterprise Risk Management - Integrating with Strategy and Performance" (Gestion del Riesgo Empresarial - Integrando Estrategia y Desempeño) 2017.
CPA:
- CoCo "Criteria of Control", 1995.
- Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting", Financial Reporting Council

CUELLO CONTRERAS, J., (2013) El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 15-03.
DE LA FUENTE HONRUBIA, F. (2004) Las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales. Lex Nova. Valladolid.
DEL MORAL GARCÍA, A. (2018) Responsabilidad penal de partidos políticos, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, Fiscalía General del Estado, Madrid.
DEL MORAL GARCÍA, A. (2023 a) Responsabilidad penal de personas jurídicas, en Los acuerdos sociales, sexta parte, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., MARQUEZ LOBILLO, P. (Coord,), Tirant lo Blanch, Valencia.
DEL MORAL GAR´CIA, A. (2023 b), Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. RODRÍGIEZ-LÓPEZ, F. (eds.) Compliance y Responsabilidad de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 31 a 72.
DEL ROSAL BLASCO, B. (2018) Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativa, Wolters Kluwer, Madrid.
DEL ROSAL BLASCO, B. (2022), Primera parte. La responsabilidad penal de las sociedades mercantiles, en Derecho penal de sociedades mercantiles, Aranzadi, Navarra.
DIEZ RIPOLLES, J.L. (2012), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, en Indret 1/2012.
DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2022) ¿Responsabilidad penal de personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN nº 246/2019, de 39 de abril), en Un modelo integral de Derecho penal, Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, BOE, Madrid, págs. 573-588.
DOPICO GOMEZ-ALLER, J. (2023) Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31

bis, apartados 2 y 4), Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil, Nº. Extra 0 (Número especial de presentación), págs. 203-217.
FEIJOO SANCHEZ, B. (2015) El delito corporativo en el Código Penal Español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas, Civitas, Pamplona.
FERRÉ OLIVE, J.C. (2023), Compliance anticorrupción, Revista Penal Mexico, nº 22, págs. 65-77.
FGE (2011) - Circular nº 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.
FGE (2016) Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.
FRAGO ARMADA, J.A. (Dir.) (2018) Actualidad compliance 2018, Navarra, 2018.
FRANCISCO VELASQUEZ, H. (2019) El sistema clásico de lógica deóntica. Una mirada crítica, Revista de la Facultad de Derecho, Nº. 47, 2019
FRC:
- Internal Control: Revised Guidance for Directors on the Combined Code
- Boards and Risk a Summary of discussions with companies, investors and advisers.
- Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting

GOMEZ-JARA DIAZ, C. (2005) La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005.
GOMEZ-JARA DIAZ, C. (2016) Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, Aranzadi, Navarra, págs. 89-120.
GOMEZ-JARA DIAZ, C. (2016) Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas, en Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Miguel Bajo, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2021) modelo legal de doble vía: los dos hechos de conexión, El derecho penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 87-99
GONZÁLEZ LAGIER, D. (1994) Tesis Doctoral, Acción y Norma en G.H. Von Wright, 1994.
GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003) Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) - Parte I, Jueces para la democracia, Nº 46, 2003.
HABERMAS, J. (1984) Ciencia y técnica como ideología, Tecnos, Madrid, 1984, pp 68-69.
HABERMAS, J. (2010) Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, Madrid, 2010.
HABERMAS, J. (2018) Teoría de la acción comunicativa, Trotta, Madrid, 2018.
HANSMANN, H. B. (2000) The ownership of Enterprise, Harvard University Press.
HEINE, G. (2001) La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales, en La responsabilidad criminal de las

personas jurídicas : una perspectiva comparada, Tirant lo Blanc, Valencia, págs. 49-72.
INTOSAI:
- GOV 9100 – Guidance for Internal Control Standards for the Public Sector.
- GOV 9110 – Guidance for Reporting on the Effectiveness of Internal Controls.
- GOV 9120 – Internal Control: Providing a Foundation for Accountability in Government.
- GOV 9130 –Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector - Further Information on Entity Risk Management.
- GOV 9140 – Internal Audit Independence in the Public Sector.
- GOV 9150 –Coordination and Cooperation between SAIs and Internal Auditors in the Public Sector.

JUANES PECES, A (Dir.) (2015) Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas, Madrid.
JUANES PECES, A (Dir.) (2017) Memento experto compliance penal, Madrid.
KELSEN, Hans. (2018) Teoría General de las normas. Filosofía y Derecho. Marcial Pons, Madrid.
LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. (2022) Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en Un modelo integral de Derecho penal, Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, BOE, Madrid.
LIÑAN LAFUENTE, A. (2016) La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal, Revista Lex Mercatoria nº3 Año 2016 Artículo nº 9, Páginas 45-49.
LIÑAN LAFUENTE, A. (2019) la responsabilidad penal del Compliance officer, Aranzadi, Madrid.
MAGRO SERVET, V. (2017) Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance), Wolters Kluwer La Ley, Madrid.
MAGRO SERVET, V. (2019) Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas, Diario la Ley, Nº 9337, 15 de enero de 2019.
MALAMUD GOTI, J. (1981) Persona jurídica y penalidad, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
MIR PUIG, S., (2004) Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 06-01.
MONTIEL, J.P., BOETLER C. (2021) ¿Cómo testear la adecuación de un programa de compliance? Introducción al "modelo de los tres filtros" Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Vol. 16, Nº 31 (Junio 2021), Art. 8, pp. 197-219.
MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (dir.), ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (aut.) (2021), Lecciones de derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia.
MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M.(2019), Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 10ª.
NEIRA PENA, A. (2016) La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Nº. 22.

NIETO MARTÍN, A. (2008) La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal, en Cuestiones actuales de derecho penal económico, Colex, Madrid, 2008.
NIETO MARTÍN, A. (2015) Cumplimiento normativo, Criminología y Responsabilidad penal de personas jurídicas, en Manual De Cumplimiento Penal en la Empresa, Tratados, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
NIETO MARTÍN, A. (2023 a) La eficacia de los programas de cumplimiento: apuntes a la luz de la última jurisprudencia Italiana, en Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, Trinat lo Blanch, Valencia, 2023, pags. 924-935.
NIETO MARTIN, A. (2023 b) La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración, Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, Volumen 1, 2023.
ORTIZ DE URBINA, I. (2009) La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico. Manuales de formación continuada, Nº. 49, págs. 187-223.
ORTIZ DE URBINA, I., (2013) y otros. Compliance y Teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid.
ORTIZ DE URBINA, I. (2018) Cultura del cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas, Revista internacional de transparencia e integridad, Número 6 (enero-abril 2018).
ORTIZ DE URBINA, I. (2020) Cultura del cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas Encuentros multidisciplinares, Vol. 22, Nº 65 (Artículos publicados previamente en Revista internacional de transparencia e integridad, 2016-2019), 2020.
PIGEAU, A.C. (1920) The economics of Welfare, Macmillan, Londres.
RAGUÉS i VALLÉS, R. (2017) La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal, Marcial Pons, Madrid.
RIVAS, X. (Dir.) (2020) Practicum compliance, Thomson Reuters, Navarra.
QUINTERO OLIVARES, G. (2015), Parte General de Derecho Penal, Aranzadi, Navarra.
ROBLES PLANAS, R. (2011) Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, Diario La Ley, 7705, 29 de septiembre de 2011.
RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. y TORRES CADAVID, N. (2023) Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. Una misión imposible. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 24, págs 358-366.
RODRIGUEZ RAMOS, L. (1996) !Societas delinquere potest!: Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 5, 1996, págs. 1490-1495.
RODRIGUEZ RAMOS, L. (2001) Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del principio societas delinquere potest, en La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Tirant lo Blanc, Valencia, págs. 165-176.
RODRIGUEZ RAMOS, L. (2011)¿Nuevos riesgos penales para las empresas?: Su participación omisiva e imprudente en el delito de otro, Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos, Año nº 24, Nº 252, 2011, págs. 78-80.
RODRIGUEZ RAMOS, L. (2011) ¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico?: la participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención, Diario La Ley, Nº 7561, 2011.

RODRIGUEZ RAMOS, L. (2011) La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica: El «delito de sospecha blindado» y la responsabilidad objetiva «impura» en la Circular 1/2010 de la FGE, Diario La Ley, Nº 7694, 2011.
RODRIGUEZ RAMOS, L. (2016), Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016), Diario La Ley, Nº 8766, 20 de Mayo de 2016.
SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2016), Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas, en Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo, Editorial Universitaria Ramon Areces, págs. 629-650.
SEARLE, J. R. (1976) Una taxonomía de los actos ilocucionarios", Teorema: Revista internacional de filosofía, Vol. 6, Nº. 1, 1976, págs. 43-78.
SEARLE, J. R. (1994) Actos De Habla: Ensayo De Filosofía Del Lenguaje. Teorema. Serie Mayor. Cátedra, Madrid, 1994.
SILVA SANCHEZ, J., RAGUÉS I VALLÈS, R., ROBLES PLANAS, R., PASTOR MUÑOZ, N., MONTANER FERNÁNDEZ, R., COCA VILA, I., ESTRADA CUADRAS, A. (2023), Revista Crítica de Jurisprudencia Penal: El caso Pescanova, Indret, Nº. 3, 2023, pág. 715.
SILVA SANCHEZ, J. (2016) Fundamentos del Derecho Penal de Empresa, 2º ed. Edisofer, Madrid, 2016.
SMITH, A. (1976) La riqueza de las naciones, Alianza editorial, Madrid, 1996.
TIEDEMANN, K. (1997) Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Anuario Derecho Penal´96, Grijley, págs. 97-126.
VILLEGAS GARCÍA, M.A. (2016) La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos, Aranzadi, Navarra.
VILLEGAS GARCÍA, M.A.; ENCINAR DEL POZO, M.A. (2020) Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del derecho estadounidense, Navarra, Aranzadi.
VIVES ANTÓN, T.S.; JIMÉNEZ REDONDO, M. (2011) Fundamentos Del Sistema Penal : Acción Significativa Y Derechos Constitucionales, 2a. ed.; Teoría, A, Tirant lo Blanch, Valencia.
VON WRIGHT, G.H. (1951) Deontic Logic, Mind; traducido al español en "lógica deóntica", Cuadernos Teorema, Valencia, 1979.
VON WRIGHT, G.H. (1996) "Is there a Logic of norms", Six Essays in Philosophical Logic, Acta Philosophica Fennica, vol 60, pags 35-53, traducido por Gonzalez Laguier, Daniel, Doxa. N. 26 (2003) pp. 31-52.
VON WRIGHT, G.H.; GARCÍA FERRERO, P. (1979) Norma y acción, Tecnos, Madrid, 1979.
WILLIAMSON, O.E. (1971) "The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations" The American Economic Review Vol. 61, No. 2, Papers and Proceedings of the Eighty-Third Annual Meeting of the American Economic Association, May.
WILLIAMSON, O.E. (1975) "Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. A Study in the Economics of Internal Organization", The Free Press, Nueva York.
WILLIAMSON, O.E. (1979) "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2, Oct.

WILLIAMSON, O.E. (1981) “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach”, American Journal of Sociology , Nov., 1981, Vol. 87, No. 3,Nov.
WILLIAMSON, O.E. (1985) “The economic institutions of capitalism. Firms, market relational Contracting” The Free Press, Nueva York.
WILLIAMSON, O.E. (1996) “The mecanisms of Governance”, Oxford Univerity Press.
ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2010) Fundamentos de Derecho penal (Parte general), 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (Coord.) (2013) Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, Aranzadi, Navarra.
ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2017) Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión. Cuadernos de política criminal, Nº 121, 2017, págs. 9-34.