



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2024

12
número



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

12

2024

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León
Facultad de Derecho
Universidad de León
Campus de Vegazana, s/n
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es
Soporte técnico: journals@unileon.es
© Universidad de León, Área de Publicaciones
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)
I.S.S.N: 2529-8941 (Internet)
Depósito Legal: LE-196-1997
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

EQUIPO EDITORIAL

PRESIDENTE

SALVADOR TARODO SORIA
Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

DIRECTOR

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SECRETARIA

MARINA MORLA GONZÁLEZ
Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de León

Nieves Alonso García

Profesora Ayudante Doctor de Historia del Derecho. Vicedecana de Ordenación Académica y Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de León
Universidad de León

Aurelia Álvarez Rodríguez

Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Presidente de la Junta Electoral de la Universidad de León. Presidente del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol
Universidad de León

María Angustias Díez Gómez

Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de León

Juan Francisco Escudero Espinosa

Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de León

Roberto Fernández Fernández

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa. Coordinador del Máster de Ciberseguridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de León
Universidad de León

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicedecano de Calidad y Relaciones Institucionales. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León
Universidad de León

Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

Pilar Gutiérrez Santiago

Catedrática de Derecho Civil. Secretaria General de la Universidad de León
Universidad de León

Mercedes Martínez Reguera

Responsable de la Biblioteca de la Facultad Derecho
Universidad de León

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Directora del Departamento de Derecho Público
Universidad de León

Marina Morla González

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Eclesiástico del Estado. Secretaria Académica de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Paulino César Pardo Prieto

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Defensor de la Comunidad Universitaria
Universidad de León

Tomás Alberto Quintana López

Catedrático de Derecho Administrativo. Procurador del Común de Castilla y León
Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León
Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

José João Abrantes

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado del Tribunal Constitucional de Portugal
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

Stefano Bellomo

Ordinario di Diritto del Lavoro
Università di Roma Sapienza

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

Catedrático de Derecho Civil. Socio Fundador del Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal
Universidad Autónoma de Madrid (España)

Carlos Bernal Pulido

Catedrático de Filosofía del Derecho
Macquarie Law School Sydney (Australia)

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de A Coruña (España)

Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III. Madrid (España)

Rafael Calvo Ortega

Catedrático Emérito de Derecho Financiero
Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Adoración Castro Jover

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco (España)

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Murcia (España)

Luis E. Chiesa

Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center
State University of New York (SUNY), (Buffalo-EE.UU.)

Ricardo Colín García

Director del CU
Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

Santos Coronas González

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid (España)

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid (España)

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Federico F. Garau Sobrino

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Islas Baleares (España)

Benjamín González Alonso

Catedrático Emérito de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca (España)

Luis Greco

Catedrático de Derecho Penal
Universität Augsburg (Alemania)

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Gyorgy Kiss

Profesor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungría)

Dionisio Llamazares Fernández

Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid (España)

Diego Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

Pilar Maestre Casas

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca (España)

Manuel Jesús Marín López

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Philippe Martin

Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
Université Bordeaux (Francia)

Marco Mocella

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Mercatorum de Roma (Italia)

Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra (España)

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

José Manuel Otero Lastres

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá (España)

José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo (España)

Benjamín Rivaya García

Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

Antonio Vicente Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo
Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Catedrático de Derecho Penal
Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

Gustavo Suárez Pertierra

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional a Distancia (España)

Marina Vargas Gómez Urrutia

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

Luis Antonio Velasco San Pedro

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)

Leandro Vergara

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Vigo (España)

EVALUADORES DE LA REVISTA

Manuela Abeleira Colao

Profesora Colaborador Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad CEU San Pablo

Nieves Alonso García

Profesora Permanente Laboral de Historia del Derecho y las Instituciones
Universidad de León

Henar Álvarez Cuesta

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Tamara Álvarez Robles

Profesora Contratada Interina de Derecho Constitucional
Universidad de Vigo

María Jesús Ariza Colmenarejo

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Alejandra Boto Álvarez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

David Carrizo Aguado

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

David Casas Agudo

Profesor Titular de Derecho Financiero
Universidad de Granada

Oscar Celador Angón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Miembro del Consejo del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

Óscar Contreras Hernández

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

Luis Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid

Juan Damián Moreno

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Paz Francés Lecumberri

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

Mercedes Fuster Gómez

Profesora Titular de Derecho Financiero
Universidad de Valencia

Marta García Mosquera

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Yolanda García Ruíz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia

Marta González Aparicio

Profesora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

Francisco Javier Hierro Hierro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Leticia Jericó Ojer

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

David Lantarón Barquín

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

Ana Leturia Navaroa

Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Philippe Martin

Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
Université Bordeaux

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

María Victoria Mayor del Hoyo

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Igor Mintegui Arregui

Profesor Agregado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Marina Morla González

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

Mercedes Murillo Muñoz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

Pablo Nuevo López

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba CEU

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

Marta Ordás Alonso

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de León

Albert Pastor Martínez

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Salvador Pérez Álvarez

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

José Gustavo Quirós Hidalgo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Esther Seijas Villadangos

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

Raquel Tejón Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Carlos III de Madrid

Daniel Terrón Santos

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

María Anunciación Trapero Barreales

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de León

María Rosa Vallecillo Gámez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

Antonio Vaquera García

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Juan Bautista Vivero Serrano

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Asesor del Defensor del Pueblo en materia de Derecho de las Políticas Sociales y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

João Zenha Martins

Profesor Asociado de Ciências Jurídico-Sociais da Faculdade de Direito
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

La Revista Jurídica de la Universidad de León está disponible en formato electrónico en: <http://www//revpubli.unileon.es/index.php/juridica/index/>

La Revista Jurídica de la Universidad de León se encuentra indexada en las siguientes bases de datos: BULERIA (Repositorio Institucional de la Universidad de León); CIRC Ec3metrics; Dialnet; Latindex; MIAR; Catálogo Colectivo REBIUN; REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico); ROAD (Directory of Open Access Scholarly Resources); Wizdom.ai; WorldCat.



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 12

2024

ÍNDICE

	<u>Página</u>
A) Artículos doctrinales	1-126
Luigi Ferrajoli El proyecto de un constitucionalismo global como alternativa realista a un futuro de catástrofes <i>Conferencia pronunciada por el Padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort</i>	3-14
Dionisio Llamazares Fernández Pacto para la convivencia: pilares del Derecho Constitucional <i>Discurso de recepción de la distinción como Doctor Honoris Causa por la Universidad de León</i>	15-22
ANEXO. <i>Laudatio</i> del Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández Paulino César Pardo Prieto	23-29
Manuel Atienza Rodríguez Elogio de la Filosofía del Derecho <i>Discurso de recepción de la distinción como Doctor Honoris Causa por la Universidad de León</i>	31-36
ANEXO. <i>Laudatio</i> del Prof. Dr. Manuel Atienza Rodríguez Juan Antonio García Amado	37-40
Cecilia Cuervo Nieto La atenuante de reparación del daño del art.21.5 CP bajo el prisma del Derecho Penal de la plutofilia: ¿quién puede reparar?	41-63
María Teresa Mata Sierra El régimen fiscal de la empresa familiar con particular análisis del ámbito autonómico	65-109
Daniel Roberto Hertel Citación electrónica en el Código de Proceso Civil Brasileño	111-126

	<u>Página</u>
B) Comentarios de jurisprudencia y legislativos	127-134
Miguel Díaz y García Conlledo y Luis Miguel Ramos Martínez Delitos relacionados con la ciberdelincuencia en el Código Penal español	129-134
C) Recensiones de libros y bibliografía	135-148
Carlos Carbajo Nogal <i>Los recursos de las Diputaciones Provinciales</i> Daniel Blanco Núñez	137-140
Rodrigo Tascón López <i>Hacia la eficiencia procesal en el orden social de la jurisdicción</i> Ana Castro Franco	141-143
Marina Morla González <i>Terapias digitales. aspectos regulatorios y su impacto en el derecho a la salud</i> Xenia Fuguet Carles	145-148
D) Noticias de interés jurídico-académico	149-158
Crónica de las jornadas sobre “Trabajo y género: transiciones justas hacia la igualdad laboral real”	151-158
Normas de publicación	159-161

INDEX

	Page
A) Doctrinal articles	1-126
Luigi Ferrajoli The project of a global constitutionalism as a realistic alternative to a catastrophic future <i>Lecture given by the godfather of the annual graduating class of the Faculty of Law on the feast of San Raimundo de Peñafort</i>	3-14
Dionisio Llamazares Fernández Pact for Coexistence: Pillars of Constitutional Law <i>Speech on receiving the distinction of Doctor Honoris Causa from the University of León</i>	15-22
ANNEX. <i>Laudatio</i> for Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández Paulino César Pardo Prieto	23-29
Manuel Atienza Rodríguez Praise of the Philosophy of Law <i>Speech on receiving the distinction of Doctor Honoris Causa from the University of León</i>	31-36
ANNEX. <i>Laudatio</i> for Prof. Dr. Manuel Atienza Rodríguez Juan Antonio García Amado	37-40
Cecilia Cuervo Nieto The attenuating circumstance of reparation of the damage of art. 21.5 CP under the prism of the Criminal Law of plutophilia: Who can make reparation?	41-63
María Teresa Mata Sierra The Tax Regime of the Family Business, with a particular regional analysis	65-109
Daniel Roberto Hertel Electronic citation in the Brazilian Civil Procedural Code	111-126
B) Jurisprudence and legislative comments	127-134
Miguel Díaz y García Conlledo y Luis Miguel Ramos Martínez Offences related to cybercrime in the Spanish Criminal Code	129-134

	<u>Page</u>
C) Book records and bibliography	135-148
Carlos Carbajo Nogal <i>The resources of the Provincial Councils</i> Daniel Blanco Nuñez	137-140
Rodrigo Tascón López <i>Towards procedural efficiency in the social order of jurisdiction</i> Ana Castro Franco	141-143
Marina Morla González <i>Digital therapies: regulatory aspects and their impact on the right to health</i> Xenia Fuguet Carles	145-148
D) News of legal and academic interest	149-158
Chronicle of the conference on “Work and gender: fair transitions towards real labour equality”	151-158
Guide to getting published	159-161

A) ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL PROYECTO DE UN CONSTITUCIONALISMO GLOBAL COMO ALTERNATIVA REALISTA A UN FUTURO DE CATÁSTROFES¹

**The project of a global constitutionalism as a realistic alternative to a
catastrophic future**

Luigi Ferrajoli

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Roma III
luigi.ferrajoli@uniroma3.it

Recibido: 21/10/2024 – Aceptado: 21/10/2024

Resumen

Los problemas más importantes a los que se enfrenta la humanidad son de carácter global: el calentamiento del planeta, las amenazas a la paz mundial, el aumento de las desigualdades, la falta de agua potable, de alimentos básicos y de medicamentos esenciales, o las masas de emigrantes que huyen de la miseria y la degradación de sus países. Estas tragedias no son fenómenos naturales ni simples injusticias; al contrario, son violaciones masivas de los derechos fundamentales reconocidos en las distintas cartas constitucionales en vigor, tanto nacionales como supranacionales. La humanidad se encuentra hoy en una encrucijada histórica, seguramente la más dramática y decisiva: o sufrir y sucumbir a las múltiples catástrofes y emergencias globales, o hacerles frente, contrarrestándolas con la construcción de garantías constitucionales a escala planetaria, diseñadas por la razón jurídica y política.

Sólo una Constitución de la Tierra que introduzca un dominio planetario para la protección de los bienes vitales de la naturaleza, prohíba todas las armas como bienes ilícitos, empezando por las armas nucleares, e introduzca un tesoro global e instituciones adecuadas para garantizar la defensa de los derechos de libertad y la aplicación de los derechos sociales, puede hacer realidad el universalismo de los derechos humanos. El proyecto de una Constitución de la Tierra no es una hipótesis utópica, sino la única respuesta racional y realista capaz de limitar los poderes salvajes de los Estados y de los mercados en beneficio de la habitabilidad del planeta y de la supervivencia de la humanidad.

■ **Palabras clave:**
Constitución; Derechos humanos; Derechos fundamentales; Derechos sociales; Instituciones

Abstract

The most important problems facing humanity are of a global nature: global warming, threats to world peace, increasing inequalities, lack of drinking water, basic foodstuffs and essential

¹ Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

medicines, or the masses of migrants fleeing the misery and degradation of their countries. These tragedies are neither natural phenomena nor simple injustices; on the contrary, they are massive violations of the fundamental rights recognised in the various constitutional charters in force, both national and supranational. Humanity today finds itself at a historic crossroads, surely the most dramatic and decisive: either to suffer and succumb to the multiple catastrophes and global emergencies, or to confront them, counteracting them with the construction of constitutional guarantees on a planetary scale, designed by legal and political reason.

Only an Earth Constitution that introduces a planetary domain for the protection of the vital

■ **Keywords:**

Constitution; Human rights;
Fundamental rights; Social
rights; Institutions

goods of nature, bans all weapons as illicit goods, starting with nuclear weapons, and introduces a global treasury and adequate institutions to guarantee the defence of freedom rights and the enforcement of social rights, can make the universalism of human rights a reality. The project of an Earth Constitution is not a utopian hypothesis, but the only

rational and realistic response capable of limiting the savage powers of states and markets for the benefit of the habitability of the planet and the survival of humanity.

I. Catástrofes globales – II. Crímenes de sistema – III. Dos opuestas concepciones de la Constitución y del constitucionalismo – IV. Dos concepciones opuestas del realismo político. El papel de la cultura jurídica y política

I. CATÁSTROFES GLOBALES

La humanidad atraviesa el momento más dramático de su historia. En efecto, hay problemas globales que no están en la agenda política de los gobiernos nacionales, a pesar de que el futuro de la humanidad depende de su solución.

Enumeraré cinco de estos desafíos y emergencias catastróficas. La primera es el peligro de un conflicto nuclear: el repudio de la guerra formulado en la Carta de la ONU parece eliminado del horizonte de las políticas de los gobiernos de las grandes potencias, que hablan con ligereza de la posibilidad, aunque sea “improbable”, de que la guerra criminal desencadenada por Putin contra Ucrania pueda derivar en una guerra atómica, y están todos rearmándose locamente, camino del precipicio. La segunda emergencia es el salvamento del planeta del calentamiento climático: cada año la humanidad introduce en la atmósfera una cantidad de gases de efecto invernadero superior a la inmensa del año anterior poniendo en riesgo, a un plazo no largo, la misma habitabilidad de nuestro planeta. La tercera catástrofe es el crecimiento en el mundo de las desigualdades, la pobreza, el hambre y las enfermedades no tratadas: más de 8 millones de personas –24.000 al día– en gran parte niños, mueren cada año por la falta de agua potable y de la alimentación básica, y otras tantas por la falta de tratamientos y de fármacos esenciales. La cuarta catástrofe es la cruel explotación del trabajo: a causa de la competencia a la baja entre trabajadores de los países ricos y trabajadores de los países pobres, generada por la globalización salvaje, se han desmantelado las garantías de los derechos de los primeros y la explotación de los segundos ha adoptado formas paraesclavistas. En fin,

el drama de centenares de millares de migrantes que huyen de una o más de estas tragedias, son rechazados en nuestras fronteras y, cuando no mueren en sus odiseas, encuentran en nuestros países opresiones y discriminaciones.

Siempre, en las vueltas de la historia, la humanidad ha reaccionado a las injusticias y a los horrores del pasado oponiéndoles, con base en la razón política y jurídica, la construcción de nuevos órdenes y artificios institucionales: el estado legislativo de derecho siguió a las revoluciones del setecientos y el ochocientos que pusieron fin al absolutismo regio del *ancien régime*; el estado constitucional de derecho, basado en los principios de justicia y en los derechos fundamentales establecidos en constituciones rígidas siguió a la liberación del nazifascismo. Pero las emergencias actuales y, en particular, el calentamiento climático y la pesadilla nuclear, son muchísimo más graves y dramáticas que las del pasado, frente a las que la humanidad pudo formular en cada ocasión sus solemnes *nunca más* constitucionales. La sociedad natural y salvaje del *homo homini lupus* concebida por Thomas Hobbes, hoy ha sido sustituida por una sociedad de lobos, ya no naturales sino artificiales –los estados y los mercados– dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento del pasado, capaz de provocar daños irreversibles, frente a los que no llegaremos a tiempo de alzar nuevos *nunca más*.

Estas emergencias no son ni pueden ser afrontadas por las políticas nacionales, inertes e impotentes en cuanto ancladas en los estrechos espacios de las circunscripciones electorales y los cortos plazos de las elecciones y los sondeos de opinión. Y, sin embargo, es cierto que ocho millardos de personas, 196 estados soberanos, nueve de ellos dotados de armamentos nucleares, un anarcocapitalismo voraz y depredador y un sistema industrial ecológicamente insostenible, no podrán sobrevivir a la larga sin producir catástrofes capaces de poner en riesgo la habitabilidad del planeta y la misma supervivencia de la humanidad.

Estos son datos de hecho. Por efecto de la globalización, han cambiado las coordenadas y los presupuestos del constitucionalismo, diseñados en esa gran etapa constituyente que fue el quinquenio 1945-1949 por las constituciones rígidas de la segunda posguerra en Italia y Alemania, por la Carta de la ONU y las distintas cartas internacionales de los derechos humanos. Si es cierto que el constitucionalismo consiste en un sistema de límites y vínculos impuesto a los poderes de otro modo salvajes, en garantía de los principios de justicia y de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, entonces habrá que reconocer que, con respecto a aquella etapa constituyente, han cambiado tanto los poderes a limitar como sus agresiones a los bienes y a los derechos fundamentales. Ha cambiado, sobre todo, la geografía de los poderes. Los poderes que cuentan, aquellos de cuyo ejercicio depende el futuro de la humanidad, se han trasladado fuera de las fronteras nacionales. Ha cambiado, además, la naturaleza de las agresiones al derecho y a los derechos, ahora todas de carácter global. Poderes globales y agresiones globales imponen un salto de civilidad, es decir, una expansión del constitucionalismo más allá del estado, a la altura de los poderes globales de los que provienen las amenazas a nuestro futuro.

No hacen falta muchas palabras para hacer ver la incapacidad del constitucionalismo nacional de hacer frente a los desafíos provenientes de estas agresiones globales. La democracia actual está afectada de presentismo y de localismo: no recuerda el pasado y no se hace cargo del futuro, o sea, de lo que acontecerá más allá de los tiempos de los vencimientos electorales y de las fronteras nacionales. Por otra parte, a causa de sus límites espaciales, los gobiernos nacionales y sus constituciones son objetivamente impotentes frente a las catástrofes planetarias en acto, destinadas, por desgracia, a agravarse. Ningún estado abrirá totalmente sus fronteras si no lo hacen también los demás. Ningún gobierno podrá afrontar por sí solo los problemas del calentamiento climático, las desigualdades globales, el hambre y la sed en el mundo o las enfermedades no tratadas de centenares de millones de personas. Ningún país, y menos aún los dotados de armamentos nucleares, procederá a un desarme unilateral. Además, se ha invertido la relación entre mercados y estados, por la asimetría entre el carácter global de los primeros y el carácter local de los segundos. Ya no son los estados los que garantizan la competencia entre las empresas, sino las grandes empresas multinacionales las que ponen a competir a los estados, privilegiando con sus inversiones a aquellos países en los que mejor puedan explotar el trabajo, pagar menos impuestos, devastar el medio ambiente y corromper a los gobiernos.

Por otra parte, ha fracasado ese embrión de constitución del mundo formado por la Carta de la ONU y las distintas cartas internacionales de derechos humanos. Las razones de la quiebra de la ONU son esencialmente dos. La primera consiste en la contradictoria conservación de la soberanía de los estados, en su carta estatutaria. Todo el derecho internacional, todas las instituciones y las organizaciones internacionales están modelados según el paradigma del estado nacional soberano. Son los estados los únicos actores y destinatarios del derecho internacional. Es claro que la conservación de la soberanía de los estados y, consecuentemente, de las distintas y desiguales ciudadanía estatales hace ilusorios, en cuanto no rígidamente vinculantes, los principios de paz e igualdad y los derechos fundamentales, por más que establecidos en las distintas cartas de derechos humanos.

La segunda razón del fracaso de estas cartas está en la falta de previsión de instituciones de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales establecidos en ellas. A diferencia de los derechos patrimoniales, que nacen a la vez que sus garantías —el crédito con la deuda, la propiedad privada junto a la prohibición de perturbar su ejercicio— los derechos fundamentales requieren leyes de actuación que introduzcan la prohibición de lesiones y las obligaciones de prestaciones que constituyen sus garantías. En cambio, poco o nada se ha hecho en actuación de estas cartas. La única garantía importante que se ha introducido es la institución del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, pero a su estatuto no se han adherido las mayores potencias. Así, los principios de la paz y la igualdad, los derechos de libertad y los derechos sociales de todas las personas, prometidos en las distintas cartas de derechos, se han quedado en el papel para la gran mayoría del género humano, como promesas incumplidas.

En consecuencia, el actual constitucionalismo es del todo inadecuado para garantizar la paz, la democracia y los derechos universales, por más que proclamados en tantas

cartas constitucionales e internacionales. Con ello, esta inadecuación suscita dos cuestiones, y ambas requieren una revisión de las categorías jurídicas y políticas con las que leemos la realidad y formulamos las propuestas de solución de los problemas generados por ella. La primera se refiere a la naturaleza de las catástrofes aludidas. La segunda a la naturaleza de las respuestas políticas, jurídicas e institucionales posibles.

II. CRÍMENES DE SISTEMA

Preguntémonos, ante todo, por la naturaleza de las cinco emergencias catastróficas que acaban de enumerarse. Diré enseguida que no pueden concebirse como crímenes en sentido penal. Al igual que sus víctimas, pueblos enteros y a veces toda la humanidad, sus autores no son identificables como personas individuales, sino que son mecanismos del sistema económico y político. Además, del mismo modo que sus masivos efectos catastróficos no pueden concretarse en precisos y determinados resultados dañosos, tampoco las acciones que los provocan, igualmente masivas, son comportamientos singulares y determinados, en cuanto tales previsibles como delitos, pues consisten en complejos conjuntos de actividades políticas y económicas realizadas por una pluralidad indeterminada y no determinable de sujetos. Dicho sencillamente, se trata de agresiones a los derechos de las personas que el derecho penal no puede afrontar, dado que carecen de todos los requisitos impuestos por sus principios garantistas: desde el de determinación de los hechos punibles a la relación de causalidad entre acciones individuales y cataclismos medioambientales y sociales, hasta el principio de la responsabilidad personal en materia penal.

Pero estas tragedias no son fenómenos naturales. No lo son la carrera de los estados para dotarse de armamentos cada vez más mortíferos, ni los cataclismos y las devastaciones provocadas por el actual desarrollo industrial incontrolado. Tampoco lo son los millones de muertos por hambre, sed y enfermedades no tratadas, debidos a las políticas rapaces de los países ricos y a la completa omisión de socorro. Menos aún lo son las medidas de rechazo de las que son víctimas cada año millones de migrantes. Y estas catástrofes no son simples injusticias. Son violaciones masivas de los derechos fundamentales estipulados en las distintas cartas constitucionales, tanto nacionales como supranacionales.

Hay, por tanto, un interrogante de fondo al que es preciso responder: si es admisible que la criminología, la ciencia jurídica, la ciencia política y el debate público ignoren o, en cualquier caso, se desinteresen de semejantes violaciones de los derechos humanos y los bienes fundamentales. Más aún, teniendo en cuenta que, por un lado, contradicen todas nuestras cartas constitucionales e internacionales y, por otro, que de no ser afrontadas por el derecho y por la política mediante la introducción de las adecuadas garantías y de las conexas funciones e instituciones de garantía, pueden hacer vanas todas nuestras conquistas de civilidad y provocar, más pronto que tarde, la destrucción de la convivencia pacífica y de la misma estabilidad del planeta.

La cuestión tiene que ver con la noción de “crimen” y el papel científico y explicativo de la criminología. Las ciencias criminológicas tradicionales y el debate público han

sido siempre subalternos del derecho penal, al haber concebido, denominado y estigmatizado como “crímenes” solo los comportamientos desviados previstos por el derecho penal como delitos. De este modo, tanto las ciencias jurídicas y sociales como el debate político, han cumplido y siguen cumpliendo un importante papel de legitimación ideológica: la descalificación como injustos y moralmente reprobables de solo los hechos previstos como delitos por nuestros sistemas penales, y la legitimación como justos o, al menos, como permitidos y no injustos, de los hechos no incluidos en el Código Penal. Así, sobre todo en estos últimos años, en el debate público y en el sentido común, se ha producido una singular plasmación del juicio, no solo político y moral, sino también jurídico, sobre los únicos parámetros del derecho penal, convertidos ahora ya en la principal clave de lectura de las culpas y las responsabilidades de la política. Solo los hechos previstos y juzgados como delitos, es decir, como crímenes en sentido penal, suscitan indignación y estigmatización moral y política. En cambio, se considera permitido todo aquello que no esté prohibido como delito. Fenómenos antijurídicos como los aquí recordados, incomparablemente más catastróficos que todos los delitos, precisamente porque no afrontados por el derecho penal, resultan, de hecho, tolerados con resignación o con indiferencia.

Por el contrario, la emancipación y la autonomía científica de la criminología y de la ciencia jurídica y, más aún, la autonomía política del debate público, requieren que la previsión de un hecho como delito no sea considerada condición necesaria de su estigmatización como “crimen”, obviamente en sentido no penal. En efecto, pues una criminología científica no subalterna de las contingentes opciones legislativas de política penal, debe concebir como *crímenes*, además de los delitos más graves previstos y castigados por el derecho penal, aquellas actividades políticas, económicas y sociales que, aun sin ser reconducibles a la responsabilidad penal de personas individuales, son responsables de catástrofes planetarias, en culpable contradicción con elementales principios constitucionales formulados en las distintas cartas y convenciones sobre derechos humanos que forman parte de nuestros ordenamientos.

Por eso, es necesario ampliar la noción de “crimen” también a estas agresiones –las devastaciones medioambientales, las explosiones y las amenazas nucleares, los millones de muertos al año por la falta de fármacos esenciales, agua y alimentación básica– no atribuibles a personas concretas y, sin embargo, contrarias al derecho y enormemente dañosas para pueblos enteros y a veces para toda la humanidad. Es por lo que he propuesto la introducción en el léxico jurídico y político de una noción de ‘crimen’ más amplia que la de *crimen penal*, para incluir en ella también esta amplia clase de violaciones masivas de derechos y bienes fundamentales, que no consisten en acciones individuales imputables a la responsabilidad de personas determinadas. He llamado a estas violaciones *crímenes de sistema*. Además, es evidente que la previsión de estos crímenes de sistema podría muy bien comportar la institución de una o varias jurisdicciones internacionales de solo la verdad, según el modelo de la Comisión de la Verdad ensayado en Sudáfrica al final del *apartheid*, con poder para comprobarlos y para establecer las responsabilidades políticas por su ejecución. Por ejemplo, una jurisdicción internacional en materia de agresiones al medio ambiente, otra sobre el hambre en el mundo y las enfermedades curables pero no tratadas, otra más sobre los millones de muertes provocadas cada año por el uso de las armas de fuego.

Lo que cuenta es la autonomía, en el debate público, del punto de vista externo respecto del interno del derecho penal, de modo que puedan llamarse por su nombre –precisamente, crímenes de sistema– a las violaciones masivas imputables a responsabilidades no penales sino políticas. Porque, en efecto, ha sido a causa de la subalternidad al derecho penal y a los filtros selectivos y justamente garantistas mediante los que se identifican los ilícitos penales, como la criminología tradicional y el debate político han acabado ignorando estos macrocrímenes de sistema y, al mismo tiempo, las responsabilidades políticas, económicas y sociales por los daños gigantescos que provocan. Y es solo porque tales crímenes no son tratados ni tratables por la justicia penal, justamente anclada en los principios garantistas de la responsabilidad individual y de la taxatividad en la tipificación de los comportamientos punibles, por lo que no producen escándalo sino una aceptación acrítica –la actual banalización del mal– como si fuesen fenómenos naturales o de algún modo evitables. Por eso, para prevenir y hacer frente a estas violaciones y, al mismo tiempo, para imputar su producción a las responsabilidades políticas y morales de quienes podrían impedir las introduciendo las garantías adecuadas, es necesario promover su percepción social como crímenes intolerables de relevancia constitucional, aunque no sean atribuibles a la responsabilidad jurídica de personas concretas y determinadas. No se olvide que el lenguaje jurídico tiene siempre un papel performativo del sentido común.

III. DOS OPUESTAS CONCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONSTITUCIONALISMO

Así las cosas, la siguiente pregunta suscitada por estos crímenes es si pueden ser impedidos mediante garantías idóneas o si, en cambio, habremos de resignarnos a la tesis corriente, según la cual no existen alternativas a lo que de hecho acontece. Es la segunda y más importante cuestión planteada por estas emergencias: la de la respuesta institucional capaz de hacerles frente. Me parece evidente que esta respuesta, es decir, un adecuado sistema de límites y vínculos a los poderes globales y a sus agresiones, solo puede consistir en la construcción de una esfera pública planetaria basada en la expansión del paradigma constitucional más allá del estado nacional.

Surge así una cuestión teórica de fondo, relativa al papel de las constituciones y la naturaleza misma del constitucionalismo. Hay, en efecto, dos concepciones opuestas de la constitución y del constitucionalismo. Según la primera, que ha prevalecido siempre en nuestra tradición, existiría un nexo entre constitución, pueblo y estado nacional. Las constituciones serían posibles, antes incluso que deseables, solo si basadas en la existencia de un pueblo y del correspondiente estado soberano. “Hay que limitar la palabra ‘constitución’ –escribió Carl Schmitt, al que se debe esta concepción nacionalista e identitaria– a Constitución *del Estado*, es decir, de la unidad política de un pueblo”². Esta expresa “la unidad política del pueblo como conjunto político”, de acuerdo con el “axioma democrático fundamental de la identidad de

² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), trad. de F. Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, § I, p. 3.

voluntades de todos los ciudadanos³. Es claro que tal unidad y tal identidad no existen a escala internacional. Pero en sociedades democráticas –basadas en el pluralismo, en el conflicto político y en las luchas de clases– estas tampoco existen en el plano nacional. En efecto, pues solo son concebibles a partir de la idea schmittiana, autoritaria e iliberal, del *demos* como entidad homogénea, en relación de oposición y de exclusión con los otros pueblos, pero también con cuantos, en la perspectiva de esta supuesta homogeneidad, son diferentes o discrepantes y por eso enemigos virtuales.

Radicalmente opuesta es la idea de constitución que se expresa en el universalismo de los de los derechos humanos estipulados en las constituciones de la segunda posguerra, y en el principio de igualdad como igual valor de todas las diferencias de identidad y desvalor de las desigualdades económicas y materiales. Así entendidas, las constituciones y los principios establecidos en ellas, a diferencia de las leyes ordinarias, no pertenecen a la que se puede llamar *esfera de lo decidible*, que en democracia está confiada a la voluntad popular y a sus representaciones. Las constituciones son pactos de convivencia pacífica y solidaria entre diferentes y desiguales, en las que se encuentra estipulada la *esfera de lo no decidible*: lo que ninguna mayoría puede decidir, es decir, las limitaciones de los derechos de libertad, que son todos derechos a la tutela y a la afirmación de las propias diferencias personales, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, esto es, la satisfacción de los derechos sociales que son todos derechos a la eliminación o a la reducción de las desigualdades económicas y materiales. Es por lo que las constituciones son legítimas y democráticas, no porque “queridas” por el pueblo, o sea, por todos o por la mayoría, sino porque garantizan a todos, incluso a su pesar. Y, son tanto más legítimas y necesarias, cuanto mayores son las diferencias que están llamadas a tutelar y las desigualdades que tienen el cometido de reducir. Legítimas y necesarias, pues, más aún que a escala nacional a escala global, donde son mayores las diferencias de identidades –étnicas, lingüísticas, religiosas, culturales– que las constituciones están obligadas a tutelar y las desigualdades económicas y materiales que tienen el deber de reducir.

Por eso hay que rechazar el nexo entre constitución y estado nacional, que sigue pesando en la cultura constitucionalista. Porque contradice la idea misma de constitución que expresan todas las cartas internacionales y las constituciones rígidas de la segunda posguerra; y porque hoy el constitucionalismo nacional no está a la altura de los desafíos generados por la globalización y por los poderes globales, que hacen época y amenazan, más aún que los poderes estatales tradicionales, los derechos y los bienes fundamentales de todos. Por eso, todos los nacionalismos son los obstáculos y no las bases sociales y culturales del constitucionalismo. Por eso, los estados soberanos, inventados por la cultura occidental junto con las distintas ciudadanías son, al igual que los mercados globales resistentes a límites y controles jurídicos, los verdaderos enemigos del constitucionalismo, del principio de igualdad y de los derechos fundamentales: porque tales derechos y sus garantías, son universales o no son. Es por lo que las constituciones democráticas, teniendo como

³ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución* (1931), en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, trad. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, estudio preliminar de G. Lombardi, Tecnos, Madrid, 2009, III, § 4, p. 286 y II, § 1, p. 155.

tarea garantizar el pluralismo político y el multiculturalismo y, a la vez, condiciones de vida digna a todos los seres humanos, son internacionalistas por naturaleza, es decir, antinacionalistas y antifascistas. Su lógica, con expresión en los derechos humanos y en el principio de igualdad, no es nacional sino universal. No es casual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos haya querido llamarse “universal”. Por eso, la expansión del constitucionalismo más allá del estado no es solo una ampliación de esta. Es también, incluso antes, su *adveración* y su coherente *actuación*.

Así las cosas, solo si averdado y actuado de este modo, el constitucionalismo, situándose a la altura de los estados y los mercados globales, estará en condiciones de limitar sus poderes salvajes. Precisamente, esta concepción universalista de las constituciones, requiere la expansión del constitucionalismo rígido más allá del estado, en una cuádruple dirección: hacia un *constitucionalismo supranacional*, prolongación del estatal expresado por las constituciones de los diversos países; hacia un *constitucionalismo de derecho privado*, añadido al de derecho público, edificado solo frente a los poderes públicos pero no en cambio frente a los poderes económicos privados; hacia un *constitucionalismo social*, prolongación del liberal, a través de las garantías de los derechos sociales y no solo de los de libertad; hacia un *constitucionalismo de los bienes fundamentales*, desde los bienes comunes a los fármacos esenciales y a la alimentación básica, como prolongación del de los derechos fundamentales.

Son cuatro expansiones dictadas por la misma lógica del constitucionalismo, cuya historia ha consistido, hasta hoy –y habrá de consistir si es que quiere sobrevivir–, en una progresiva ampliación de la esfera de los derechos. De los derechos de libertad en las primeras declaraciones y en las constituciones del ochocientos, a los derechos de los trabajadores y los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente, a la información, al agua potable y a la alimentación, hoy reivindicados y todavía no constitucionalizados. Ha sido una historia social y política, antes que teórica, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que todos fueron conquistados por los movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, luego los movimientos decimonónicos europeos por los estatutos, más tarde la lucha de liberación antifascista de la que nacieron las actuales constituciones rígidas, en fin, las luchas obreras, feministas, ecologistas y pacifistas de los pasados decenios. Hoy es un nuevo salto de civilidad el que los desafíos globales imponen al derecho y a la política: la construcción de un constitucionalismo global, como actuación de la lógica universalista del constitucionalismo tomado en serio.

IV. DOS CONCEPCIONES OPUESTAS DEL REALISMO POLÍTICO. EL PAPEL DE LA CULTURA JURÍDICA Y POLÍTICA

Naturalmente, nada permite ser optimistas en lo que se refiere a esta expansión del paradigma constitucional más allá del estado. Todo hace suponer que seguirán prevaleciendo la miopía y la irresponsabilidad de los gobiernos y los intereses de los

grandes poderes económicos globales. Pero, para no desresponsabilizar a la política y para no legitimar como inevitable lo que, en cambio, es fruto de la voluntad de los poderosos, hay que distinguir lo que es improbable por la miopía de la política y por los obstáculos que oponen los corpulentos intereses privados, de lo imposible en el plano teórico.

Tal es la confusión que habitualmente se produce y que, en nombre del realismo político, permite descalificar como utópica e irrealizable la perspectiva de la posible expansión del constitucionalismo a escala global, que aquí se sostiene. Paso así a tratar de la segunda cuestión teórica de fondo –más exactamente, una cuestión de carácter metateórico y epistemológico– que, entiendo, se impone a la reflexión de la filosofía política, la ciencia jurídica y, sobre todo, de las disciplinas constitucionalistas. Me refiero al significado mismo del realismo político y jurídico que, desde hace decenios, pesa como una suerte de obsesión sobre los estudios de teoría política y de teoría del derecho, paralizando su capacidad de innovación teórica y de proyecto político.

Pienso que hay que distinguir dos tipos opuestos de realismo. Está el que llamaré *realismo vulgar*, consistente en la naturalización de la realidad social, del derecho y de la política a través de la bien conocida tesis de que “no existen alternativas” a lo que de hecho acontece. Es un realismo ideológico, que produce una suerte de legitimación cruzada: la *legitimación científica* de la tesis teórica de la falta de alternativas al estado de cosas existente, mediante la descripción del funcionamiento de hecho de las instituciones y, a la inversa, la *legitimación política* del estado de cosas existente, merced a la tesis teórica de que no hay alternativas a las reales, en cuanto efectivas, leyes del más fuerte, como normas fundamentales, que lo son más que las inefectivas cartas constitucionales. Es el realismo que ignora la normatividad del derecho y específicamente de las constituciones y, de este modo, acaba legitimando y secundando como inevitable lo que no es sino obra de los hombres, de la que son responsables los actores de nuestra vida económica y política.

Hay un segundo tipo de realismo, al que llamaré *realismo racional* –el realismo de Hobbes, Kant, Marx, pero también, y, sobre todo, de las constituciones más avanzadas– que, frente a las injusticias y las catástrofes determinadas por el juego “natural” e incontrolado de las relaciones de fuerza, elabora en el plano teórico y formula en el plano normativo, los remedios racionales capaces de asegurar la dignidad de las personas y su convivencia pacífica. Según este realismo, existen alternativas: son las ofrecidas por la tradición misma del constitucionalismo moderno como sistema de límites y vínculos rígidos a los poderes salvajes de los más fuertes, y depende de la cultura jurídica actualizarlas, de los movimientos y las fuerzas democráticas reivindicarlas y de una política de progreso adoptarlas. Mientras sucede que la verdadera utopía, la hipótesis menos realista, es la idea de que la realidad puede permanecer a largo plazo tal como es: que podremos seguir basando nuestras democracias y nuestros despreocupados tenores de vida en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y en el desarrollo de nuestras economías insostenible para el medio ambiente. Todo esto no puede durar. Es el propio preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 el que, con realismo y racionalidad, establece un nexo de implicación recíproca entre paz y

derechos, seguridad e igualdad y, habrá que añadir, entre salvamento de la naturaleza y salvamento de la humanidad, que solo una Constitución de la Tierra y sus instituciones de garantía hoy pueden asegurar. Por eso, el constitucionalismo global no es una utopía. Al contrario, es la única respuesta racional y realista al mismo dilema afrontado hace cuatro siglos por Thomas Hobbes: la general inseguridad determinada por la libertad salvaje de los más fuertes, o bien el pacto racional de supervivencia, de convivencia pacífica y de mutuo socorro basado en la prohibición de la guerra y en las garantías de la vida.

Si esto es cierto, nos corresponde a los juristas desempeñar una tarea insustituible. Las constituciones rígidas han diseñado el deber ser del derecho. Han impuesto límites y vínculos a los poderes salvajes de los más fuertes. Han tomado posición, como el art. 3, 2º de la Constitución italiana, contra la realidad de los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas. Han señalado a la política y a las luchas sociales horizontes y proyectos elevados, difíciles pero posibles. Y, por eso, han invertido la antigua función social del derecho, de la jurisdicción y de la ciencia jurídica: ya no la mera conservación, sino la transformación del orden de los poderes y las relaciones sociales, en actuación de los principios establecidos en ellas. De aquí un nuevo papel y un nuevo atractivo del derecho y de la cultura jurídica, llamada a la crítica de la realidad presente y a proyectar la realidad futura.

Ciertamente, no podemos ni debemos hacernos demasiadas ilusiones sobre las capacidades de tutela y sobre el papel de progreso del derecho. El garantismo, los derechos, las garantías, los principios constitucionales son las leyes de los más débiles, que tienen de su parte la fuerza del derecho y de las constituciones. Los fuertes, sin embargo, tienen de su parte la fuerza, es decir, el dinero, la violencia, la prepotencia, la despreocupación, la capacidad de mistificación ideológica, la total disposición a violar, en su propio interés, el derecho y los derechos tantas veces como les resulte posible. Pero esta es una razón más para que los juristas tomen en serio el derecho vigente y su misma profesión, que no permite ignorar las divergencias entre el deber ser y el ser efectivo del derecho, entre los derechos y los principios de justicia positivamente establecidos y sus llamativas violaciones en perjuicio de millardos de seres humanos. Precisamente frente a estas violaciones, la ciencia jurídica puede desempeñar un papel de desvelamiento, de crítica, de deslegitimación y, sobre todo, de estímulo a la actuación del paradigma constitucional.

Estos son los fines que he perseguido con el proyecto de una Constitución de la Tierra publicado en el volumen *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*: mostrar, ante todo, también mediante la elaboración de un esbozo de esta en 100 artículos, que la alternativa es posible; que es posible la justiciabilidad de las lesiones de las libertades fundamentales debidas a los regímenes despóticos, y asimismo la garantía de los derechos a la salud, la educación y la subsistencia de todos los seres humanos, la ciudadanía universal, la abolición de las armas y los ejércitos, la creación de un demanio planetario para la tutela del medio ambiente, la institución de un fisco mundial sobre los grandes patrimonios y sobre los altísimos beneficios capaz de financiar las instituciones globales de garantía. Hay un segundo objetivo: mostrar que, si se toman en serio el derecho y las constituciones, la alternativa es

obligada. Más aún: es necesaria y urgente, porque es la única posible a un futuro de catástrofes.

En esta perspectiva, quiero concluir con una nota de optimismo. Está produciéndose una novedad: el mundo es cada vez más interdependiente. Hace sesenta años lo habitábamos dos millardos de personas, y lo que acontecía en la otra parte del planeta era desconocido para nosotros y, en todo caso, irrelevante e indiferente. Hoy somos casi ocho millardos y, sin embargo, el mundo es bastante más pequeño que entonces: basta pensar en el virus de la pandemia, nacido en China pero que no conoce fronteras y se extendió en pocas semanas por todo el mundo. La humanidad está cada vez más integrada, es más frágil y, repito, más interdependiente, porque estamos todos interconectados; porque a todos nos gobiernan poderes económicos y financieros globales; porque todos estamos expuestos a idénticas amenazas y a las mismas emergencias, que pueden llevar a hacer inhabitable la Tierra y a la extinción de la humanidad.

Esto quiere decir que, por primera vez en la historia, existe un pueblo global, en cuanto interconectado y unificado por los mismos desafíos y amenazas globales. No solo. Por primera vez en la historia, está manifestándose un interés público y general bastante más amplio y vital que todos los distintos intereses públicos del pasado. El interés de todos en la supervivencia, asegurado por la prohibición de las armas y los ejércitos y por las garantías de los bienes naturales comunes y de los derechos fundamentales de todos, como límites y vínculos a todos los poderes, tanto políticos como económicos. Esta es la gran, positiva novedad generada por las emergencias y los desafíos globales: la creciente interdependencia de todos los pueblos de la tierra, idónea para generar una solidaridad sin precedentes entre todos los seres humanos y para refundar la política como política interna del mundo. Naturalmente, el proceso constituyente de una Federación global basada en una Constitución de la Tierra está destinado a encontrar obstáculos potentísimos: en la miopía de la clase política, interesada en mantener sus ropios míseros poderes, y en los intereses de los grandes poderes económicos y financieros. Sin embargo, frente a los desafíos y las amenazas que nos unen a todos, pobres y ricos, débiles y fuertes –la Tierra, dice un viejo eslogan, es el único planeta que tenemos–, un despertar de la razón es posible. Lo importante es que se produzca antes de que sea demasiado tarde.

PACTO PARA LA CONVIVENCIA: PILARES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Pact for coexistence: pillars of Constitutional Law

Dionisio Llamazares Fernández

Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid
dionisiollamazares@gmail.com

Recibido: 03/05/2024 – Aceptado: 03/05/2024

Magnífico y Excmo. Sr. Rector, Claustro de Profesores y doctores, Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades, Señoras y Señores, Amigas y amigos.

En el momento en que nacía esta Universidad acariciaba yo el sueño de ser miembro de su primer claustro de profesores. El respeto por la ley no escrita de la antigüedad funcional desvaneció ese sueño como niebla mañanera. Al acogermé hoy en su claustro de doctores, se ha hecho realidad. Solo encuentro una palabra que exprese lo que siento: gracias.

El respeto que Ustedes me merecen y la hora avanzada me obligan a la brevedad. Me limitaré a desgarnar algunas ideas con más preguntas que respuestas.

La universidad es el templo de la libertad de espíritu o de conciencia y de la tolerancia. A ambas se referirán estas ideas.

Por cierto, la de León ha sido la primera de las Universidades españolas que, en el Plan de Estudios de Derecho ha introducido el “Derecho de libertad de conciencia” como disciplina obligatoria. Esa es ya una de sus señas de identidad.

Primera idea. Cuando se habla de libertad de conciencia los juristas pensamos en la libertad de creencias y convicciones. Es decir, en el art. 16 de la CE. Pero esto no es rigurosamente exacto.

Libertad de conciencia no es sólo eso. Su núcleo primordial se consagra como derecho fundamental en el artículo anterior: el *derecho a la integridad física y moral*, que el TC denomina con acierto *integridad personal*, es decir, *conciencia de la libertad para el desarrollo de la personalidad*.

En efecto, antes que libertad de ideas y creencias, la libertad de conciencia es libertad para descubrirse y ser fiel a sí mismo. El encuentro con el otro, no solo le hace al ser humano consciente de que es, sino de qué es; lo que le lleva a descubrirse como *alteridad*, como el otro del otro, como diferencia. Su identidad es lo que le diferencia del otro, lo que le hace totalmente otro. El derecho a la diferencia se torna así en la otra cara del derecho a la identidad.

Terminará cayendo en la cuenta de que esa reflexión sobre sí mismo (autoconciencia) solo ha sido posible si ha sido querida, e implica una decisión como pensaba Schelling. Se descubre decidiendo libremente, se revela a sí mismo como *libertad*, como referente de lo que puede ser y al tiempo de lo que debe ser, como criterio de moralidad de los propios actos.

El sí mismo, la mismidad, el “yo” es ese que nunca es *lo mismo*, que es permanente devenir, pero que siempre es *el mismo*, el que cambia: consciente de lo que hace, de lo que le hacen y de lo que le acontece.

Mismidad, alteridad y libertad constituyen su identidad originaria.

A este núcleo primordial se adherirán luego, cual cascotes de cebolla, las creencias y convicciones integrando su personalidad. Su adhesión al núcleo primordial se percibe con tal intensidad, que se vive la conducta incoherente con ellas como una *traición* a sí mismo.

Pero el proceso no termina ahí. Productos de la conciencia, vivencias, lo son también las meras ideas y opiniones. También ellas son expresión de la libertad de conciencia. También ellas contribuyen a la formación de la personalidad.

Pero no se vive con la misma intensidad su grado de adhesión a la mismidad. Y aquí entran en juego los sentimientos, las emociones y los estados de ánimo que acompañan a todas las vivencias conscientes, como su sombra.

Por eso el *tratamiento jurídico* de unas y otras no es el mismo.

Las creencias y convicciones reciben un *tratamiento jurídico reforzado*, y tienen como único límite en sus manifestaciones al orden público (art. 16.1). Las meras ideas y las opiniones se regulan por el derecho común a todos los derechos fundamentales.

Adviértase que ese tratamiento jurídico reforzado lo reciben no por religiosas o no religiosas, sino por la especial intensidad con que se vive el grado de adhesión de creencias y convicciones al núcleo primordial de la libertad de conciencia. (STEDH, Folguero c. Noruega de 29/6/2007, nº 84 y Zengin c. Turquía de 9/10/2007, nº 49).

Segunda idea. El de libertad de conciencia es el primero de los derechos fundamentales en el sentido de que es el derecho primordial. En él tienen su origen y su raíz todos los demás. La idea original no es mía. Según Häberle los derechos

fundamentales determinan el dinamismo del ordenamiento y el de libertad de conciencia es la raíz de todos los demás.

A lo que yo añadiría que no existe libertad sin conciencia de sí misma. Lo que evidencia la primacía de la libertad de conciencia sobre cualquier otra libertad.

Más aún, este derecho afecta a la titularidad y ejercicio de todos los derechos. No cabe en ellos discriminación alguna por razones identitarias o de conciencia.

El art. 15 CE consagra en realidad dos derechos, el *derecho a la vida* y el *derecho a la integridad personal*, sin explicitar prelación alguna entre ellos.

Según el TC, el derecho a la vida es *presupuesto lógico y ontológico* de los demás derechos. Lo que parece despejar cualquier duda sobre esa prelación. Pero esta afirmación se refiere, no a cualquier tipo de vida, sino a la vida humana en su doble configuración física y moral. (STC 53/1985, FJ 3). ¿No está incluido ahí el derecho a la integridad personal? ¿No se referirá también a él la afirmación del TC?

En su reciente sentencia (STC 94/2023) declarando la constitucionalidad de la Ley Orgánica que reconoce el derecho a la eutanasia directa y activa, da respuesta meridianamente tajante a esos interrogantes al tiempo que deja claro que la Ley consagra como auténtico derecho el de recibir del Estado la ayuda *para bien morir* en un contexto eutanásico. Este derecho se apoya en dos derechos fundamentales, el derecho a la integridad personal y el de libertad de creencia y convicción reforzados por la proclamación constitucional del *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, sustento de la dignidad humana (art. 10.1) y de la *libertad como valor superior del ordenamiento* (art.1.1). De ahí que, la ley prevea para su defensa el procedimiento previsto para la defensa de los derechos fundamentales (Disp. Ad. 5ª, LORE).

En todo caso, la sentencia deja claro lo siguiente:

1º) el derecho a la vida no es absoluto, corrigiendo expresamente lo dicho anteriormente por el propio Tribunal, en todo caso en un *obiter dictum*;

2º) en el contexto eutanásico se enfrentan el derecho a la vida, de un lado y, de otro, los derechos a la integridad personal y a la libertad de creencias y convicciones;

3º) el derecho que se reconoce en la ley no implica el derecho a morir, pero sí el derecho a decidir, en el contexto eutanásico, el *cuándo* y el *cómo* de la propia muerte, es decir el derecho a propiciar las condiciones que faciliten la toma de la decisión suprema en la vida del ser humano, la aceptación de su propia finitud. Por tanto, en ese contexto prevalece lo que he tipificado como núcleo primordial del derecho de libertad de conciencia y su expansión primera, la libertad de creencias y convicciones. ¿Queda algún resquicio para la duda de su prevalencia sobre el derecho a la vida en ese contexto? Es más, el Alto Tribunal deja expresamente

abierta la puerta para que pueda ocurrir eso mismo en otros contextos, sin más concreciones.

Tercera idea: Libertad de conciencia y condiciones de viabilidad de la comunidad política.

Según nuestra Constitución (art. 1.1) son valores superiores del ordenamiento, la igualdad, la libertad, la justicia y el pluralismo. La igualdad de la que se habla aquí es la *igualdad en la libertad que no otra cosa es la justicia*: “dar a cada uno lo suyo” y lo más suyo propio de cada uno es su libertad de conciencia, raíz y fuente de todas las demás libertades.

El pluralismo se refiere a la diversidad y a la diferencia. Lo que le preocupa al derecho no es la pluralidad en cuanto tal, sino la diversidad. De manera que la fórmula a la que arribaríamos sería “igualdad en la libertad de los diferentes” y, por tanto, no igualdad a secas, sino igualdad *equitativa*. Ese es el ideal supremo de la comunidad política. La justicia se aúpa así al rango de piedra angular del arco constitucional.

Ahora bien, las conciencias plantean un grave problema para la convivencia. Cada uno somos un modo de ser humano “único e irrepetible”, en expresión de Taylor: como libertad, con creencias y convicciones diferentes, y, lo que agrava la situación, *incompatibles* entre sí, haciendo imposibles el diálogo, la negociación, la transacción y el acuerdo que son la entraña misma de la convivencia democrática, y amenazando seriamente a la paz pública.

De ahí la clarividente afirmación de André Maurois; “los intereses transigen, las conciencias no”. Eso es lo que abrumadoramente nos muestra la historia de guerras, persecuciones, torturas y muertes por razones identitarias o de conciencia. Y no es menos atormentado el momento actual.

Por eso las constituciones democráticas modernas, en base al principio de soberanía popular, implícitamente contienen dos pactos: el *pacto por la convivencia* y el *pacto por la justicia*. Este último se ocupa de lo opinable y discutible, de la política propiamente dicha, de la justicia, no del bien y del mal, sino de los conflictos de intereses y de los diversos caminos y estrategias para llegar a la igualdad equitativa en la libertad de los diferentes.

El pacto por la convivencia es condición de *viabilidad* del pacto por la justicia y éste de la eficacia y realización de aquel. Para ello, se adoptan, entre otros, estos cuatro compromisos:

1º) el de *neutralidad ideológica y religiosa de la comunidad política*, expulsando de la *discusión pública institucional*, como escribe Rawls, a las doctrinas comprensivas, a las creencias y convicciones, de modo que no impidan ni

enturbien la discusión sobre los métodos y estrategias para alcanzar las soluciones más justas;

2º) el de respetar los *valores comunes* aceptados por todos que serán el suelo del lenguaje común de los diferentes, ahuyentando el riesgo del diálogo entre sordos;

3º) el de respetar los *valores diferenciales* de unos y otros incompatibles entre sí, pero compatibles con los valores comunes: queda así vedada la pretensión de imponer a los otros las propias creencias o convicciones por más mayoritarias que sean.

4º) el de respetar las *normas procedimentales* acordadas por todos, así como las *instituciones* diseñadas por ellas para garantizar la estabilidad de la comunidad política, como cobijo de paz, amistad y concordia. Solo diré que tanto las normas como las instituciones han de responder fielmente a los tres compromisos anteriores y que cumplen una función ancilar para garantizar su cumplimiento.

Debo resaltar que el principio de Neutralidad refuerza el rango como primer derecho del de libertad de conciencia. La razón de ser del pacto no es otra que la defensa de ese derecho. Aquí está la base misma de la comunidad política: en la relación entre el *primer derecho* de los ciudadanos, su libertad de conciencia y su *primera obligación*, el respeto de ese derecho en los demás, que eso y no otra cosa es la *tolerancia*.

Libertad de conciencia, tolerancia y neutralidad forman el triángulo base de la viabilidad de la comunidad política.

La Declaración sobre la tolerancia de Unesco de 1995 ha recogido con singular acierto el contenido obligacional de la tolerancia decantado por la evolución del pensamiento, especialmente a partir del momento en que Kant lanza el *aude sapere* y clama por el reconocimiento de la libertad de conciencia como un *auténtico derecho y no como una mera concesión graciosa del soberano*. Derecho que tiene como correlato una obligación de respeto del otro, mutua y recíproca, en una *relación entre iguales*: entre personas singulares, entre grupos y entre Estados que son sus garantes.

La tolerancia tiene por objeto a las personas mismas, no a las creencias ni a las convicciones, ideas u opiniones ni menos a sus contenidos: ni Buda, ni Jesús de Nazaret, ni Mahoma, ni Hegel, ni Marx, ni sus doctrinas, por ejemplo, son valores constitucionales. Consecuentemente, sostengo que la persona es merecedora de tolerancia como obligación jurídica también en relación con sus meras ideas y opiniones, no solo con respecto a sus creencias y convicciones, como opina Habermas. La tolerancia es indispensable para la convivencia amigable y para la viabilidad de la discusión política sobre la justicia. No basta la tolerancia como mera virtud cívica.

La tolerancia no exige asumir las creencias o convicciones del otro en sustitución de las propias. Pero lo que sí exige es *respeto, estima o aprecio y aceptación* del otro como tal otro, como diferente. “Todos tienen derecho a ser lo que son”.

A mi entender la enumeración incluye implícitamente otras dos obligaciones: una previa, el *reconocimiento* y otra que informa a todas las demás, la *equidad* que personaliza la ley y la responsabilidad.

Ahí lo dejo, sin sondear en la utopía que sugiere un anónimo glosador de la escuela de Bolonia con la frase *aequitas nihil aliud quam Deus, Deus autem amor*, si la ponemos en conexión con el concepto de amor al prójimo de Hartmann, de Martin Buber, Von Hildebrand o Levinas:

Amor al otro como ser humano singular. No por amor a Dios, sino por ser encarnación singular de la humanidad, al otro como *mi* otro. Nacido, no de la compasión, sino de la plenitud, pronto a hacer el bien al otro y a evitarle el mal; que ni exige ni espera reciprocidad, sin tampoco rechazarla. Todo generosidad y apertura al otro como absolutamente otro, en doble actitud de entrega y aceptación.

Termino esta parte más académica de mi intervención con una pregunta ¿Sería imaginable un amor así, como jurídicamente obligado, sin incurrir en una *contradictio in terminis*?

Tengo para mí que la pregunta es de calado y merece una cuidadosa y ponderada reflexión.

En mi infancia, cada despertar con el sonido de las cencerros de las ovejas y los balidos de los corderos, al abrir la ventana de mi habitación, mi vista se topaba con la imagen de Peñacorada que era mi referencia para la ubicación de los puntos cardinales. Todavía hoy lo sigue siendo cuando me siento desorientado o para atrapar el sueño huidizo y esquivo.

En la vivencia intensa de su cercanía y de la de mi pueblo, se agolpan los recuerdos de mi infancia y de mi adolescencia y al recorrer mi pasado descubro que *mi* vida es un fenómeno coral, resultado de mi convivencia con otras muchas vidas; no es solo *mi* vida, sino, en cierta medida, *nuestra* vida. Sin la convivencia con los otros no sería. Las conciencias necesitan del reconocimiento de las otras conciencias para ser, decía Hegel. Cada vida es una obra colectiva fruto de la intersubjetividad, no solo de ideas y saberes, sino de todo tipo de vivencias, también de creencias y convicciones, de opiniones, de sentimientos, emociones, y estados de ánimo, como reclamaba Husserl.

No eliges nacer o no nacer, ni *dónde* ni *cómo* nacer, ni con *quienes* o *con qué* te vas a encontrar. Pero ese *dónde*, ese *cómo* y ese *con quienes* y *con qué* bosquejarán tu *primer mundo* que te marcará indeleblemente. Será la mochila que cargarás ya siempre sobre las espaldas de tu libertad.

Dicho esto, debo terminar como empecé, con agradecimientos a todos con quienes me he “encontrado” en mi vida.

Por lo pronto a quienes benevolentemente se dicen mis discípulas/os. Cuando alguien me pedía un tema de tesis o de trabajo de investigación yo aprovechaba, debo confesarlo, para proponerle alguno que respondiera a preguntas que a mí me inquietaban. Sus trabajos llenaban lagunas de mis saberes. Me había convertido en su discípulo y ellos en mis maestros.

Soy un leonés en León. Este fue mi primer “mundo”. Aquí discurrieron los años básicos de mi formación y de la modulación de mi personalidad. Cumplo con un deber de mera justicia si contando con su comprensión menciono a quienes, según creo, más influyeron en ella.

Por lo pronto a mis *padres* para quienes su vida solo tenía sentido en función de la de sus hijos. Así es que la sacrificaron para conseguir que nosotros tuviéramos una mejor que la suya, para librarnos de la mina o del arado que parecían ser nuestro inexorable destino. Ellos cooperaron a la creación de las condiciones de posibilidad de mi vida posterior e incluso de mi *currículum* académico. Ellos hicieron posible que yo pudiera empezar a estudiar en un medio hostil de penuria endémica, en que todo estaba en contra. Sobre todo, ellos me enseñaron a ser buena gente.

Probablemente tuvo bastante que ver en el intento mi *maestro*, Don Ernesto, del que solo contaré un dato. En mi casa un libro era un milagro. Pues bien, Don Ernesto me regaló, con sólo nueve años, un ejemplar del Quijote. No una edición para niños, sino una edición en la que, según el prólogo, solamente se habían expurgado las frases mal sonantes. Al principio sólo me divertían las anécdotas graciosas, y el variado e interminable refranero de Sacho Panza o la disparatada confusión mental de Don Quijote, cuya imaginación desahogada veía gigantes en odres de vino y en molinos de viento, ejércitos en rebaños de ovejas y castillos en ventas para reposo del caminante.

Andando el tiempo, ya con pie y medio en la adolescencia, en una de mis repetidas lecturas reparé en lo que dice en su discurso a los cabreros “dichosos los siglos aquellos en que no se conocían las palabras ‘tuyo’ y ‘mío’”, en que todo era paz, toda amistad, todo concordia, y lo conecté con su cordura final y su actitud de desprendimiento total. De la propia vida también, aceptando su final con naturalidad y sencillez impresionantes, al menos para la mentalidad atormentada de un adolescente. Creo que el idealismo realista de Don Quijote pretendiendo trocar la utopía en realidad, luchando denodadamente por la justicia “desfaciendo entuertos” y erigiéndose en defensor de viudas y doncellas, huérfanos, desvalidos y menesterosos, me marcó definitivamente.

En el Seminario de León hice mis primeros estudios y tuve la fortuna de ser alumno en cuatro cursos, de Don Antonio González de Lama. Ha sido el mejor profesor que he conocido; a él y a la admiración que en mí despertó debo probablemente mi pronta y decidida vocación por la enseñanza. No he conocido a nadie ni con la habilidad suya para “mezclar lo útil con lo dulce” en expresión de Quintiliano, ni con su capacidad para hacer fácil lo más difícil. Cada clase suya era una lección de libertad de espíritu y de tolerancia, lo que era un verdadero prodigio en aquel entorno.

Lo más “nuestro”, la atmósfera que nos depara la oportunidad de *vivir* con más intensidad en la floresta de *los pronombres personales*, que diría Pedro Salinas, es la familia. A mi mujer tengo que agradecerle no sólo su compañía generosa y activa en mi azaroso peregrinaje académico e intelectual, sino que me haya dado la seguridad que lastraba mi timidez casi enfermiza y la templanza, serenidad y equilibrio que también me faltaban. Gracias a ella creo haber crecido en humanidad. Gracias a ella soy el que soy y lo que soy. A ella y a nuestros hijos tengo que pedirles perdón por mis muchas ausencias, físicas y mentales.

Gracias a ella, a nuestra hija e hijos y a nuestras nietas y nietos vivo “nuestras” vidas con sensación de plenitud.

Y aquí termino. Gracias a todos por su presencia, por su atención y por su paciencia.

ANEXO

LAUDATIO DEL PROF. DR. DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ

Paulino César Pardo Prieto

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León
pcparp@unileon.es

Recibido: 03/05/2024 – Aceptado: 03/05/2024

Con la venia del Sr. Rector

Sra. Secretaria General, Sra. Defensora de la Comunidad Universitaria, Sras. y Sres. Vicerrectores; autoridades académicas.

Sr. Presidente de las Cortes, Sres. Alcaldes, Presidente de la Diputación Provincial, Sr. Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Sr. Subdelegado del Gobierno, Delegado del Gobierno en Castilla y León; autoridades civiles, militares e institucionales de distinto orden que nos acompañan en este acto.

Tengo el privilegio de presentar la siguiente laudatio en favor del Profesor que lo ha sido de esta Universidad, D. Dionisio Llamazares Fernández.

Dionisio Llamazares, nació el seis de junio de 1936 en la pedanía de Yugueros, en La Ercina. Es el menor de los hijos de una familia humilde. Gracias a sus dotes y al impulso del maestro de la localidad, accedió a los estudios secundarios y, a pesar de las dificultades económicas, a cursar Derecho, obteniendo el título de Licenciado y, poco después, el de Doctor; ambos con las más altas calificaciones, este último, además, premio “José Fernández” a la mejor tesis doctoral defendida en la Universidad de Oviedo durante el bienio 66-68.

Dos becas le permitieron continuar sus investigaciones en Estrasburgo y Munich y, a la postre, ejercer la condición de Profesor en las sedes de Oviedo, San Sebastián y León de la Universidad ovetense.

En León, será Director del Colegio Universitario desde mediados los años setenta, época de la que se ha destacado su capacidad para incorporar relevantes figuras docentes e investigadoras, su tenacidad para dotar al Colegio de adecuados medios materiales y bibliográficos, así como la consolidación y promoción del profesorado local. Creó una

muy valiosa colección de monografías con el apoyo de la Caja de Ahorros Provincial bajo la denominación “Colegio Universitario de León” y formó parte de la Comisión que exitosamente dio lugar a la transformación de los Centros de León en Universidad. Una de las tareas de las que se ha sentido siempre más orgulloso.

Por entonces, obtuvo la cátedra, que ejerció primero en las áreas de Derecho canónico de las Universidades de Zaragoza y Valladolid para, finalmente, acceder en la Universidad Complutense de Madrid a la condición de catedrático de Derecho eclesiástico del Estado.

Compatibilizó estas posiciones académicas, durante más de dos décadas, con la participación activa en la política, ocupando los cargos de Presidente de las Cortes de Castilla y León, Vicepresidente, Director General de Asuntos Religiosos y Objeción de Conciencia y Presidente del Consejo Escolar del Estado.

En cada uno de esos empeños dejó huella de su capacidad para el entendimiento y la colaboración. Servicio público, diálogo y coherencia resumen su paso por la política.

Espíritu de servicio público, porque llegó por convicción humanista y por compromiso con la comunidad. Diálogo porque siempre ocupó puestos que le dieran pie a la mediación y al intercambio enriquecedor entre diferentes. Y coherencia de su legado político con las ideas que siempre defendió en el ámbito académico.

Presidente de las Cortes de Castilla y León en aquella primera legislatura autonómica en que todo estaba por armar. Cuenta él que su mayor intento fue que los Procuradores de todos los partidos fueran capaces de discutir respetándose. Para lograrlo, insistió en que la mesa de las Cortes, con independencia de que tuviera una mayoría u otra, actuara institucionalmente. Y esa es la principal impronta, la del principio de neutralidad que aplicó a su labor como Presidente. Una de sus mayores satisfacciones: el reconocimiento por aquellos representantes como Presidente de todos y cada uno de ellos.

Fue Director General, pero no de cualquier cosa. De Asuntos Religiosos y de Objeción de Conciencia. La conciencia siempre presente en su actuar, sea académico o político. En esa etapa impulsó y logró los acuerdos que hoy conocemos como acuerdos con las confesiones minoritarias, que garantizan a los fieles de esas confesiones la plena eficacia de su libertad religiosa en un país, en aquel momento, marcadamente católico.

La neutralidad, una vez más, alumbró su presidencia del Consejo Escolar del Estado, órgano asesor del Ministerio de Educación que reúne a todos los sectores implicados en el ámbito educativo. En esa labor asesora, intentó siempre armonizar las posiciones de unos y de otros, de manera que en los decretos y órdenes ministeriales reconocieran las partes el resultado de sus aportaciones, el fruto de un consenso dialogado. Siempre dice que esa labor le resultó fácil porque contaba con la ventaja de tener como Ministro a alguien que era (y es) compañero y amigo.

En fin, alguien dijo de su etapa política que era capaz de poner de acuerdo a Dios y al Diablo, expresión especialmente oportuna aplicada a un eclesiasticista. Algo tendrá que ver.

Conozcamos al académico. Al extraordinario intelectual que ya asoma en esa elemental semblanza, al menos hasta donde lo permite el breve espacio de que disponemos.

Años setenta.

En la época posconciliar, urge revisar las normas del Código de Derecho Canónico de 1917. Es una época convulsa como pocas para la Iglesia católica, se acusa al derecho canónico, al mismo tiempo, de *no eclesialidad* (de no ser propios de la Iglesia, la ley o el derecho sino el evangelio y la caridad) y de *no juridicidad* (de no ser verdadero derecho, al modo de los derechos de los Estados).

El canonista Llamazares –participando vivamente en un diálogo a la altura de un pañuelo de pensadores europeos–, propondrá que la superación de esas acusaciones solo puede venir a través de un cambio de métodos y puntos de partida de la canonística:

1) Acudir a un método ontológico para mostrar la compatibilidad, consecutividad y constitutividad (en ese orden) del derecho respecto de la Iglesia.

2) Mostrar que el derecho profano no es la única realidad digna de tal nombre: cabe un derecho distinto de la iglesia que, justamente por su especificidad sacramental, no implique una deformación de la realidad eclesial.

Sus primeras monografías están inmersas en ese gran debate intelectual (*Sacramentalidad, Iglesia y derecho en el pensamiento de Rudolf Sohm* –Oviedo– y *Derecho canónico fundamental* –León–). Él nada a contracorriente pero su opinión irá calando en la doctrina y su solidez intelectual será ampliamente reconocida. En ese ámbito de la canonística se sitúan las primeras grandes tesis doctorales que dirigió (Fernández Coronado, Serrano Postigo, Castro Jover).

La siguiente monografía será “*Condición y matrimonio en el derecho canónico*”,

Publicada en León, se inserta en otro de los debates previos a la codificación canónica de 1983. No voy a pararme a glosar sus contenidos, solamente diré que, con la precisión del cirujano y la exactitud del matemático, analiza pormenorizada, cuidadosamente, cada uno de los complejos problemas hasta reducirlos a soluciones rigurosamente científicas, terminando sus trescientas apretadas páginas en una sola conclusión y una sola propuesta de *iure condendo*. Verdadera quintaesencia.

Me interesa lo anterior para asentar dos afirmaciones al hilo de la siguiente obra que, en 1995, va a dedicar íntegramente al matrimonio: “*Sistema matrimonial español: Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*”:

1) Solo alguien con su excepcional formación dedicaría una monografía –sumamente didáctica y de apariencia sencilla– a cotejar los sistemas matrimoniales canónico y civil de modo tal que cualquier operador jurídico –especialmente, el judicial– se encuentre en situación de dictaminar cuándo las sentencias y decisiones canónicas

serán homologables por el ordenamiento español, sin merma de normas y valores tan fundamentales como el de laicidad del Estado.

2) Solo alguien con su excepcional inteligencia, coherencia en la misma obra los matrimonios civil y canónico con el matrimonio de hecho, identificaría los elementos compartidos y orientaría al legislador a regular de manera justa –razonablemente igual– aquello que hay de común en los derechos a vivir en pareja y formar una familia, raíz de la que nacen y por la que avanzan todas esas uniones.

El Prof. Llamazares, sus colaboradores, su escuela, desde los primeros años ochenta intensificaron la investigación, reflexión y composición legal de lo que no tardaría en convertirse en una nueva disciplina en la Licenciatura de Derecho: El Derecho eclesiástico del Estado. La única que podría suceder en las facultades de ciencias jurídicas a un derecho canónico que, en sus términos anteriores, no era viable en los planes de estudio de la naciente democracia.

Aprovechando la experiencia del *Staatskirchenrecht*, derecho del Estado sobre las iglesias tradicionalmente presentes en el territorio alemán, propone que esta ciencia se adopte en España pero variando su objeto formal. Su objeto habría de tener como premisa la igualdad en la libertad exigida por el modelo democrático y, consecuentemente, habría de consistir en el tratamiento ordenado de todas las creencias, lo que incluiría un régimen general, en cuanto tuvieran de común, y otro diferenciado (especial, singular), en aquello que se compruebe distinto.

La propuesta se formula en colaboración con el Prof. Gustavo Suárez Pertierra, en el artículo “El fenómeno religioso en la nueva Constitución española: bases de su tratamiento jurídico” (1980) y cobra plenamente forma en 1989, en su primer “Derecho eclesiástico del Estado: Derecho de la libertad de conciencia”.

Algunos intentos habían tenido lugar en otros países –también aquí, donde habían llegado sus ecos a través de Italia–, pero es Llamazares quien consigue mostrar la imperativa obligación metodológica de iluminar este sector del ordenamiento jurídico, no desde la especie “libertad religiosa” sino desde el género “libertad de conciencia”, comprensivo además de la “libertad ideológica”, en cuyo seno, ciertamente, habitan convicciones y creencias. Pensemos un instante en el siglo XX y no tardaremos en rememorar cuál es además su extraordinaria virulencia.

Teniendo en cuenta todo este bagaje, en 1991 el Consejo de Ministros le designará para ocupar la Dirección General de Asuntos Religiosos. Desde esa dirección, acompañado de la Profa. Fernández Coronado, negoció y consiguió que fueran promulgados como leyes estatales en octubre del siguiente año, tres acuerdos con las tres entidades que aglutinaban a la mayor parte de las religiones distintas de la católica practicadas en España (evangélicos, musulmanes y judíos).

Dichos acuerdos facilitaron a los fieles respectivos derechos de los que carecían o disfrutaban de modo indignamente precario.

Son acuerdos de nuevo cuño –completamente distintos a los acuerdos italianos o a los acuerdos alemanes–, hoy considerados de referencia para los países de nuestro entorno. Responden a una determinada comprensión de la inserción de las confesiones religiosas en la comunidad como asociaciones de derecho civil. De objeto religioso, pero de derecho civil. El punto de partida es un acuerdo, sí, entre el Gobierno y la confesión religiosa, pero pueden ser modificados o derogados unilateralmente por parte del Estado con sólo dar cuenta a la confesión. Y ello porque es necesario preservar a toda costa la soberanía legislativa de las Cortes y porque se trata de la libertad de conciencia y el Estado no negocia los derechos fundamentales.

Pero sus puntos de vista académicos también fueron claves en otros ámbitos.

Para la ordenación y gestión de la objeción y la Prestación Social Sustitutoria en los primeros noventa, superando las contradicciones y el desgarramiento que las protestas del movimiento de insumisión suscitaban en la política y la sociedad de la época. El objetor era, además, alguien socialmente bajo sospecha. Llamazares se propuso cambiar tal actitud, dignificar la condición de objetor y evitar todo lo que pudiera suponer de discriminatorio, hasta el punto de sugerir que la objeción desapareciera como tal y se creara un servicio civil alternativo –y no sustitutorio–, al servicio militar.

Para determinar el estatuto de la asignatura de religión católica y de otras confesiones en los niveles inferiores de enseñanza, a vueltas con un Tribunal Supremo al que era necesario interpretar y reinterpretar, por parte de los otros poderes públicos y de la doctrina; para la elaboración de la Ley Orgánica 9/1995, sobre participación, evaluación y gobierno de los centros docentes o, sin salir del ámbito educativo, para la incorporación al currículum de Primaria y Secundaria de la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos a través del Real Decreto 1631/2006.

La revista *Laicidad y libertades*. Escritos jurídicos, publicada en sus últimas etapas por Tirant Lo Blanch y la Agencia Estatal del BOE, fundada junto a Gustavo Suárez Villaescusa y dirigida por él durante 22 de sus 24 años, hoy es testigo y notario de su legado.

El Profesor Llamazares es colaborador y maestro de una amplia escuela científica que en los últimos años ha integrado cátedras de once universidades públicas españolas. Profesores y profesoras imbuidas, como él, de un fuerte compromiso con la educación, la atención a los problemas reales de la ciudadanía, el servicio público y el más amplio desenvolvimiento de las libertades individuales.

Un grupo al que está vinculada nuestra Área de Derecho eclesiástico del Estado, con la que ha mantenido y mantiene una estrecha y fructífera relación, fortalecida desde que ocupara la cátedra el Prof. Luis Mariano Cubillas Recio, contribuyendo, a través de su nombre y proyección, a la valorización e internacionalización de nuestra Universidad.

Sus méritos, en fin, constan en el expediente promovido por el Departamento de Derecho Público. Por citar solo alguno más de los que avalan esta investidura, bastará recordar que el Profesor ha sido distinguido con la Cruz Meritísima (Gran Cruz) de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2011); la Medalla de oro de las Cortes de

Castilla y León (2008) y el Doctorado honoris causa por las Universidades de Valladolid (2011) y Carlos III de Madrid (2005).

Acabo.

Pero no sin aludir, siquiera sea muy brevemente, a su talante personal y su humanidad. Permitan ahora un tono más cercano, para que hable también el amigo, pues en amigos ha convertido el Profesor Llamazares a cuantos nos honramos de ser sus discípulos.

Si quienes le conocemos bien tuviéramos que elegir una sola palabra para definirle, acudiríamos a la palabra “generosidad”. No se puede ser maestro sin ser generoso. Enseñar, formar a otros, implica siempre darse. Y darse a los demás requiere una profunda generosidad que, en el caso del Profesor Llamazares, es completamente coherente con su vocación primigenia. Porque él es, ante todo y sobre todo, un maestro. Un Maestro, con mayúscula. Me atrevería a afirmar, además, que eso quiso ser siempre, desde niño. Maestro. Tal vez porque hubo maestros que marcaron decisivamente su camino y eso le permitió intuir, descubrir y experimentar el poder transformador de la educación.

Él es también un maestro valiente e íntegro. Lo que le ha llevado a sostener el propio pensamiento, en contra de corrientes mayoritarias y, en no pocas ocasiones, del signo ante el que se inclinaban los tiempos. Un pensamiento original que ha situado en el centro de los estudios jurídicos la libre formación de la conciencia, el libre desarrollo de la personalidad y, como él suele resumir: la igualdad en la libertad, es decir, la justicia.

Hace poco tiempo, en el marco de una charla, preguntaba el Profesor: “¿Si no somos libertad, qué somos? ¿Si no somos libres, libres para pensar; libres para creer o no creer; libres para amar; libres para vivir ¿qué somos?”. Esas preguntas resuenan desde siempre en sus escritos y, hoy, entre nosotros y ante los desafíos que se ciernen sobre las próximas generaciones, atruenan.

Sé que el Profesor Llamazares ha vuelto en los últimos tiempos su mirada hacia Kant. Volver la mirada hacia el autor de *La paz perpetua* es casi el último refugio para la cordura.

Dice Immanuel Kant en esa obra escrita en 1795: “*La comunidad –más o menos estrecha– que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado ya hasta el punto de que una violación del derecho, cometida en un sitio, repercute en todos los demás; de aquí se infiere que la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del derecho político y de gentes*”.

Basta seguir las noticias (Palestina, Ucrania, Sudán... Mediterráneo, Canal de la Mancha, Canarias) para estremecernos ante la urgencia de esa paz. Una urgencia más imperiosa que nunca porque, como nos ha recordado también recientemente en León Luigi Ferrajoli, proponiéndonos formar parte de su proyecto ciudadano de *Constitución para la Tierra*, lo que está en juego ahora mismo es la supervivencia del planeta.

Sin duda, como viene enseñando el Prof. Llamazares, daremos el primer paso firme hacia esa carta de ciudadanía universal cuando nos reconozcamos en la mirada que nos devuelve libre y respetuosamente el otro al observarle como un igual. Cuando cada uno asuma (si es el caso) que vive en el privilegio y no en el derecho. Cuando llevemos hasta sus últimas consecuencias que somos alteridad; que el otro es, esencialmente, igual a mí –sea cuál sea su edad, origen, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia– y que el otro es persona, como yo, en la medida que pueda realizar su libertad.

Gracias, Profesor por enseñarnos que el proyecto de vida imaginado por cada uno de nosotros y nosotras, debe convertirse en realidad. Gracias por su empeño vital –personal, político, académico– en hacernos cada día mejores, más humanos, más humanas, más libres.

Sr. Rector, todos los motivos expuestos han de llevar a nuestra Universidad de León a admitir jubilosamente al Profesor Llamazares como miembro de su claustro.

Muchas gracias por su amable atención.

He dicho.

ELOGIO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Praise of the Philosophy of Law

Manuel Añenza Rodríguez

Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante
manuel.añenza@ua.es

Recibido: 03/05/2024 – Aceptado: 03/05/2024

En la tradición retórica, al menos desde Aristóteles, hay un tipo de discurso al que se denominó epidíctico (la palabra griega significa “declamatorio”; los romanos tradujeron “epidíctico” por “demostrativo”) y que se contraponía al género deliberativo y al judicial. Todos ellos, o sea, la retórica en su conjunto, tiene, como es sabido, la finalidad de persuadir a los destinatarios del discurso que el orador, el rétor, construye; pero, según Aristóteles, lo propio del discurso epidíctico es el elogio y la censura; su tiempo es el presente; el fin a perseguir, lo bello y lo vergonzoso; y el oyente en un discurso epidíctico no es alguien que, en sentido estricto, juzga, sino un espectador.

Un gran intelectual nacido no muy lejos de aquí y que ha sido considerado como “el más famoso y autorizado maestro de Retórica del Imperio Romano en todas sus épocas”, me refiero a Quintiliano de Calahorra, destacaba, entre otros, estos dos rasgos del género demostrativo: 1) en él hay materias que “fueron dispuestas para sola la exhibición artística”, pues atañen a asuntos no problemáticos (p. 387); y 2) el contexto, o sea, el lugar y otras circunstancias relacionadas con el auditorio adquiere, como ocurre por lo demás con los otros géneros, una importancia esencial. Como al parecer solía decir Sócrates, “es fácil hacer el elogio de los atenienses delante de los atenienses” pero, naturalmente, lo sería mucho menos ante un público, digamos, de lacedemonios. Trasladado a nuestro caso, hacer el elogio de la filosofía del Derecho ante un auditorio integrado únicamente por iusfilósofos, parecería una empresa más hacendera que intentarlo ante un auditorio como el presente en el que sólo algunos de sus integrantes – de los que están en actitud de espectadores– pertenecen al gremio de los iusfilósofos. Pero es que, además, se da la circunstancia de que quien se dispone a pronunciar un elogio de la filosofía del Derecho es, precisamente, un filósofo del Derecho, o sea, alguien concernido en la causa y que, para más inri, ha sido el destinatario de uno de los tres discursos de laudatio –un ejemplo incuestionable de retórica epidíctica– que acabamos de escuchar. ¿Cómo hacer entonces para que lo que vaya a decir ahora no sea considerado como una especie de ditirambo o, aún peor, un ejercicio de autobombo?

Bueno, quizás el hecho de haber mostrado esa situación de incomodidad pueda haber contribuido algo a facilitarme las cosas, o sea, a lo que suele llamarse la captatio

benevolentiae que, en la tradición retórica, era una de las finalidades que había que procurar lograr con el exordio, la primera parte del discurso. ¿Pero, cómo seguir? Sin duda, tiene que haber muchas maneras de elogiar la filosofía del Derecho. ¿Pero cuál sería la mejor, dadas las circunstancias (mis circunstancias)?

Desde luego, por lo que ya he dicho, tendrá que ser un elogio contenido; no estoy, como antes decía, en la situación de poder imitar el elegante “Elogio de los jueces escrito por un abogado” debido al gran procesalista Piero Calamandrei. Y un elogio pensando, sobre todo, en quienes no son filósofos del Derecho, en el auditorio. Lo que, por cierto, no quiere decir en absoluto que tenga que ser un discurso poco exigente, pero sí un discurso cuyo contenido, cualquier persona culta pueda entender. Confundir profundidad con oscuridad es, yo diría, uno de los mayores errores, de las mayores faltas de cortesía o, directamente, de las mayores estupideces, que puede (quizás que suele) cometer un filósofo: del Derecho, o de lo que sea.

En un Diccionario de filosofía contemporánea que editó Miguel Ángel Quintanilla también cerca de aquí, en Salamanca, en 1976, la voz “filosofía” se le confió al más importante filósofo de la moral español de las últimas décadas, el inolvidable Javier Muguerza. En su contribución (titulada *De inconsolatione Philosophiae*) recurrió a un artificio literario. Una calurosa noche de verano se le apareció a Muguerza (en la isla de Tenerife: entonces era catedrático de La Laguna) la filosofía en forma de “una mujer de edad indefinida –relativamente bien conservada en todo caso–, mirada penetrante –aunque también ligeramente ausente– y sonrisa que, después de pensarlo, cabría calificar a un tiempo de melancólica y burlona” (p. 54). Mantuvo con ella una distendida conversación que, inevitablemente, no dejó fuera el tema –entonces muy de actualidad– de la muerte de la filosofía, y, al cabo de cierto tiempo, la filosofía –encarnada en cuerpo de mujer– transportó el alma de Muguerza a un lugar que, según le explicó, era a donde había ido a parar Sócrates tras su muerte: primero se le había alojado en las Islas de los Bienaventurados, pero los que allí estaban no pudieron soportar los “enfadosos interrogatorios” del famoso filósofo, de manera que se le había buscado un paraje más apartado del paraíso en donde, por lo demás, no carecía de compañía: Sócrates “no sabría pasarse sin su cháchara cotidiana” (p. 61). Pues bien, en la conversación que Muguerza pudo escuchar entre Sócrates y sus compañeros de paraíso, a propósito del problema de las definiciones y, en particular, de la definición de filosofía, el ateniense construye una especie de argumento por reducción al absurdo que podríamos sintetizar así: si las definiciones fueran simplemente estipulaciones, entonces hasta cabría otorgar respetabilidad a la definición de la filosofía como “una forma de decir lo que todo el mundo sabe en un lenguaje que nadie entiende”. Javier Muguerza fue, desde luego, un filósofo muy poco dado a asumir certezas (el título de uno de sus libros, “Desde la perplejidad”, es buen indicio de ello) o, mejor dicho, sus certezas solían adoptar de preferencia la forma de las negaciones, y creo que una de ellas bien podría ser la de ese Sócrates apócrifo: la filosofía –también la filosofía del Derecho– no puede consistir en eso: en formular banalidades en una jerigonza incomprensible para los de fuera.

Lo que, por cierto, me sugiere la idea de que quizás se le pudiera dar la vuelta al elogio de la filosofía (del Derecho) y convertirlo en una burla de la filosofía (de ciertas filosofías) o algo por el estilo. Es, como sabemos, parte del propósito del famoso libro

de Erasmo de Rotterdam, *El elogio de la locura*, que, al parecer, estaría mejor traducido como “elogio de la estulticia”. El célebre humanista holandés, en el Prefacio dedicado a su amigo Tomás Moro, afirma que su libro se sitúa en una antigua tradición (burlesca) de elogios destinados a cosas tales como la injusticia, las moscas, la calvicie o el asno. La estulticia, la bobería, la contrapone a la sabiduría, y vendría a significar el “dejarse llevar por el arbitrio de las pasiones” en lugar de “guiarse por la razón” (cap. XVI). Pero no se trataría de las pasiones que encienden “el ardor de la guerra”, la “insaciable sed de oro”, o que fomentan “el parricidio, el incesto, el sacrilegio o cualquier otra calamidad”, sino de un “tipo de locura” –escribe Erasmo– “digna de ser deseada en grado sumo por todos” y que “se manifiesta por cierto alegre extravío de la razón, que libera al alma de cuidados angustiosos y la perfuma con múltiples voluptuosidades” (cap. XXXVIII). “Ningún hombre –habla la estulticia– puede vivir dichoso si no está iniciado en mis misterios y no le concedo protección” (cap. LX). En fin, la estulticia, podría decirse, no deja títere con cabeza a lo largo del libro de Erasmo, de manera que en sus páginas pueden encontrarse críticas despiadadas, pero no exentas de humor, dirigidas no sólo a los filósofos, sino también a los jurisconsultos, a los teólogos, a los monjes, a los retóricos, a los comerciantes, a los reyes, a los príncipes, a los cortesanos...y, ¡ay!, también a las mujeres.

En un ambiente universitario, pocas palabras parecen estar más cargadas de emotividad favorable que “Erasmus”. Pero es muy probable que la inmensa mayoría de quienes han organizado y disfrutado de los programas Erasmus desconozcan que el acreditado antidogmatismo y europeísmo del autor holandés era compatible con una visión nada favorable hacia las mujeres; o sea, que Erasmus no fue precisamente un precursor del feminismo. En el cap. XVII de su obra se refiere a la mujer como “animal ciertamente estulto y necio, pero gracioso y placentero”. Poco después precisa que “si por casualidad alguna mujer quisiese ser tenida por sabia, no conseguiría sino ser doblemente necia”, pues “la mujer será siempre mujer; es decir, estúpida, sea cual fuere el disfraz que adopte”. Y, en fin, en el último capítulo, por si algún lector abrigara alguna duda al respecto, afirma: “Si alguien considera que he hablado con demasiada pedantería o locuacidad, pensad que lo he hecho no sólo como Estulticia, sino como mujer”.

No traigo esto aquí a colación, como pueden imaginar, para iniciar un movimiento de cancelación contra Erasmo de Rotterdam, sino para poner de manifiesto un rasgo que me parece esencial de la filosofía, en especial de la filosofía práctica (donde se sitúa la jurídica), y que en los últimos tiempos está, creo, amenazado por el renacer de dogmatismos provenientes de diversas, de contrapuestas, ideologías políticas. La filosofía tiene que ser pensamiento crítico, en ocasiones –por qué no– irreverente, e incompatible con el culto de lo políticamente correcto. No quiere decir, por cierto, que el espíritu filosófico promueva una especie de escepticismo, de relativismo, radical que nos lleve a dudar de todo y a no estar seguros de nada: de lo que es verdadero o falso, bueno o malo, bello o feo. Las opiniones de Erasmus sobre las mujeres no son simplemente falsas, son también extraordinariamente nocivas, perversas, y fruto de un tipo de estupidez, de estulticia, de la que seguramente nadie pueda considerarse completamente a salvo: ni siquiera los más sabios y “antidogmáticos”. El espíritu filosófico, en suma, puede llevar a mostrar, yo creo, cierto grado de comprensión hacia las debilidades humanas, pero no hacia cualquier producto humano; o, dicho quizás

de otra manera, lo que enseña la filosofía es que el respeto por el otro no tiene por qué significar también respeto por sus ideas.

Pero ya va siendo hora de dejarse de rodeos y de abordar lo que cabría llamar el elogio directo de la filosofía del Derecho. Y para ello nada mejor, me parece, que personalizarlo en tres grandes figuras pertenecientes a muy distintos momentos históricos y tradiciones de pensamiento: Sócrates, Rudolf von Jhering y Ronald Dworkin. Procederé, en cierto modo, de manera parecida a como lo hizo Pericles (según nos refiere Tucídides) en su famosa oración fúnebre para honrar a los muertos en el primer año de la guerra del Peloponeso: él convirtió su discurso en un elogio de la democracia, de la democracia ateniense; yo subrayaré una importante idea que cabe encontrar en cada uno de los mencionados autores para llegar así a una elogiosa presentación de la filosofía del Derecho.

Sócrates, como todos saben, es el iniciador de lo que puede llamarse la filosofía práctica, es decir, su pensamiento, su actividad filosófica, tuvo como objeto de estudio preferente no la naturaleza, sino el individuo y la organización social en la que se integra. Nunca dejó de preguntarse, y de preguntar a los demás, cómo se debe vivir (que incluía también cuándo se ha de estar dispuesto a morir), y su respuesta fue que una vida sin reflexión no merece la pena, no es una buena vida. Pero reflexionar no significaba para él apartarse del mundo, de la polis, de sus conciudadanos. El pensamiento que él propugna es de tipo cooperativo, en el sentido de que necesita de los demás, requiere un tipo de interacción, el diálogo, que, por lo demás, nada tiene de complaciente: como sabemos, Sócrates no era proclive al halago (como no fuera irónicamente), sino que lo que buscaba era más bien antagonistas, gente que tuviera opiniones distintas a las suyas y que hicieran posible una confrontación en términos amistosos pero intelectualmente implacables. Ese, creo yo, es el gran descubrimiento de Sócrates: el diálogo racional como método para perseguir la verdad. Una idea que caracteriza no sólo a la filosofía, sino al saber en general –a todas nuestras prácticas racionales– y que, en el Derecho, adquiere una importancia muy singular, precisamente porque la actividad jurídica, ampliamente entendida, quizás sea, de todas nuestras empresas racionales, aquella en la que la argumentación está más presente.

Rudolf von Jhering (1818-1892) fue, a lo largo de su vida, primero, uno de los principales representantes de la llamada “Jurisprudencia de conceptos”, la máxima expresión del formalismo jurídico alemán, y luego, en una segunda etapa de su pensamiento, el más agudo, divertido y eficaz crítico de esa manera de entender el Derecho. Con aproximadamente un siglo de anticipación en relación con Muguerza, Jhering recurrió al mismo artificio literario (incluido en una obra que tituló “Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum”): “Una bella noche de verano –escribe– me había quedado dormido leyendo una de las últimas publicaciones sobre Derecho romano” (p. 264). Y sueña Jhering que es transportado a un extraño lugar, un cielo exclusivamente para juristas teóricos (el cielo de los conceptos jurídicos) y en el que sólo se puede ingresar después de pasada una cuarentena y un duro examen. Con lo primero se trata de evitar cualquier contaminación externa: “los conceptos no soportan el contacto con el mundo real”; “los conceptos viven su propia vida”. Y con el examen se pretende fundamentalmente asegurar que el jurista (merecedor de alcanzar ese cielo) es capaz de pensar idealmente, lo que quiere decir que ha de tener

la facultad de “desligarse, en el pensar jurídico, de todos aquellos presupuestos que atañen a la realización práctica de los problemas” (p. 232). El “verdadero teórico” –recuérdese que todo esto está dicho en tono irónico– es el que profesa un “idealismo filosófico, para el cual el mundo real es una pura ilusión, una fantasía del sujeto” (p. 232). Y eso explica que en el cielo de los conceptos jurídicos no haya ingresado ninguno de los “loados juristas romanos” (quien se expresa así es el acompañante de Jhering en su visita celestial) “que por su amor a la vida se dejaron guiar no pocas veces por hueros motivos utilitaristas”. Lo útil, lo práctico, es lo que el jurista teórico debe descartar a limine, y de ahí las extrañas máquinas que les son mostradas a Jhering en su periplo celestial. Una de ellas es una partidora de pelos: “Cuando te examines, deberás dividir con ella un cabello en 999.999 partículas exactamente iguales” (p. 221). Y otra, una “cucaña de los problemas jurídicos difíciles”, “tan lisa que hasta un rayo solar, si pudiera entrar aquí, resbalaría en ella”. El examinando debe trepar para hacerse con los problemas depositados en una cofa, y luego debe volver a subirlos: “Nuestros problemas –precisa el acompañante de Jhering– son únicamente un incentivo para trepar; no están para ser resueltos” (p. 222).

El iusfilósofo (y, más en general, el jurista) más influyente durante las últimas décadas ha sido el estadounidense Ronald Dworkin (fallecido en 2013; había nacido en 1931). A él le debemos, sobre todo, una visión amplia del Derecho que contrapuso, con algún éxito, a la del llamado positivismo jurídico (la concepción del Derecho hegemónica durante los dos últimos siglos). Simplificando mucho las cosas. Dworkin mostró su acuerdo con los autores positivistas, al considerar el Derecho como un artificio, una creación humana, social e históricamente determinada; por eso, no fue un autor iusnaturalista: el Derecho, para él, no tenía nada de natural. Pero discrepó del positivismo jurídico en relación con la tesis de estos últimos de mantener una estricta separación (metodológica o conceptual) entre el Derecho y la moral, que se traduce en el empeño por sostener que la afirmación “N es Derecho vigente en E (en España)” debe mantenerse cuidadosamente separada de “N debe ser Derecho vigente en E”.

Para negar esta última tesis y defender que el Derecho es un tipo de actividad que no puede separarse drásticamente de la moral, Dworkin (que tenía una gran experiencia como abogado) recurrió a la práctica judicial y, en particular, a lo que suele entenderse como casos difíciles. Lo que él afirmó (y, por supuesto, sigo simplificando) es que esos casos no podían resolverse sin acudir a principios (como, por ejemplo, “nadie debe obtener un beneficio como consecuencia de un acto ilícito suyo”, “no se debe discriminar a nadie por motivos religiosos” o “todos deben ser tratados con la misma consideración y respeto”) que, para formar parte del Derecho y poder ser usados en la motivación de una sentencia, requieren de una argumentación de tipo moral. Dicho de otra manera, la identificación de un material como jurídico y su interpretación son actividades (centrales en la práctica jurídica) que no pueden ser llevadas a cabo a espaldas de la moral.

Pues bien, una manera de enfrentarse al Derecho, a los problemas jurídicos, que pone en un primer plano los aspectos argumentativos –el diálogo crítico, racional– de la actividad jurídica, la necesidad de conectar los conceptos con la solución de problemas jurídicos (con la realidad jurídica), las relaciones del Derecho con los otros componentes de la racionalidad práctica –la moral y la política– y que aspira además

a una visión de conjunto, de totalidad, es precisamente lo que podemos entender por filosofía del Derecho. Y si ese tipo de práctica teórica merece ser elogiado es porque, sin ella, la cultura jurídica se empobrecería inevitablemente y el Derecho no podría jugar la función civilizatoria que le es propia o, en todo caso, lo haría (lo hace) de manera mucho menos satisfactoria.

Lo propio del género epidíctico o demostrativo es “amplificar y adornar los temas” (en esto hay consenso entre los tratadistas de la retórica: vid. Quintiliano, libro tercero, cap. VII) y por ello es muy posible que muchos de ustedes piensen que lo que acabo de decir, lo que acaban de oír, es una exageración y que debe entenderse en el contexto precisamente de un discurso dirigido a elogiar una actividad o una profesión. Pero yo creo que no, que tiene pleno sentido afirmar, por ejemplo, que lo que debería estudiarse en una Facultad de Derecho es filosofía jurídica y algunas otras cosas. Lo que, por cierto, no significa que de los planes de estudio debieran desaparecer las materias de Derecho civil, Derecho penal, Derecho procesal..., sino que estas deberían enfocarse preferentemente en una forma iusfilosófica. Me explico.

Los grandes cambios que están teniendo lugar (y que se acelerarán en los próximos años) con la incorporación de las nuevas tecnologías de la información, la inteligencia artificial, la robótica... tiene (o tendrá) en el mundo del Derecho una consecuencia inevitable: disponer de (describir y explicar) la regulación jurídica de una determinada materia, resolver con ello los casos más o menos rutinarios, prestar asesoramiento jurídico a los individuos, a las empresas..., y otra serie de actividades características de lo que entendemos por profesiones jurídicas, va a ser algo que, cada vez más, confiemos a las máquinas. Y el trabajo jurídico que quedará como reservado para los juristas va a ser, precisamente, aquel que sólo podrá realizar quien disponga de una adecuada formación iusfilosófica. O sea, lo que el jurista del siglo XXI necesitará (está necesitando ya) es una capacitación para entender y argumentar con casos difíciles (no susceptibles de ser algoritmizables), una red conceptual con la que poder apresar la cambiante realidad jurídica, una filosofía moral y política que pueda orientarle en la búsqueda de la solución correcta, lo que involucra el manejo de valores, principios, el recurso a la ponderación... Pero que lo necesite, naturalmente, no quiere decir que lo vaya a obtener, por lo menos en su paso por una Facultad de Derecho. Más de una vez he comentado con mi amigo, colega y admirado profesor Juan Antonio García Amado la curiosa propensión de la universidad española a no sacar partido de lo que tiene. Y entre esos recursos desaprovechados se encuentra, yo creo, un apreciable número de filósofos del Derecho extraordinariamente bien formados, vocacionales, que han hecho ya contribuciones significativas en prácticamente todos los sectores de su disciplina pero que, sorprendentemente, son mucho más apreciados fuera que dentro de España. Y lo dice alguien que ya está de salida en su carrera universitaria.

Erasmus de Rotterdam finalizaba su Elogio de la locura o de la estulticia con este adagio: “Detesto al oyente que se acuerda de todo”. Bueno, yo seré menos drástico que el sabio holandés: las tierras leonesas invitan a cerrar el discurso en términos más amables y comedidos. De manera que me conformo con este otro: “Comprendo al oyente que se olvida en seguida de lo que ha oído, o que no le ha prestado mucha atención, simplemente porque no lo ha juzgado de interés”.

ANEXO

LAUDATIO DEL PROF. DR. MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León
jagara@unileon.es

Recibido: 03/05/2024 – Aceptado: 03/05/2024

Excelentísimo Rector Magnífico de la Universidad de León, Prof. Dr. Manuel Atienza Rodríguez y personalidades a las que también hoy se inviste como Doctores honoris causa por esta Universidad, autoridades, compañeros de la Universidad de León y de otras Universidades, Sras. y Sres., amigos todos:

En su poema “Biografía”, escribe el gran Antonio Pereira que

*“Los poetas nacen en feligresías apartadas,
de concejos con nombre de lluvia cayendo”.*

Manuel Atienza Rodríguez se crio en la parroquia de Trubia, a doce kilómetros de Oviedo, allá donde confluyen el río Trubia y el río Nalón, en nuestra querida Asturias de verdores y gentes nobles. En 1973 se licenció en Derecho en la Universidad de Oviedo y en 1976 obtuvo su Doctorado en Derecho por la misma Universidad con una tesis sobre la filosofía del Derecho en Argentina, dirigida por el profesor Elías Díaz, maestro de maestros y símbolo vivo de la dignidad académica. No le vino mal a Manuel Atienza una estancia predoctoral en la Argentina, para que aquel rancio Tribunal de Orden Público amainara su interés en él, que ya entonces no se callaba ni se acobardaba fácilmente.

Le tocaron al profesor Atienza tiempos en que las universidades se querían universales y los profesores se pensaban ciudadanos del mundo antes que funcionarios férreamente amarrados al terruño. Porque, pasmémonos, fue profesor en las universidades de Oviedo, Valencia, Autónoma de Madrid, Alcalá, Islas Baleares y Alicante, donde ha sido catedrático de Filosofía del Derecho desde 1983 y ahora emérito. Por si fuera poco lo expuesto, llevó a cabo estancias de investigación de las de antes en las universidades de Buenos Aires, Milán, Maguncia, Harvard, Génova y Cornell.

Sus publicaciones, que se cuentan por cientos, han tocado prácticamente toda la temática imaginable en Teoría y Filosofía del Derecho: las normas jurídicas, los

sistemas jurídicos, la historia de las ideas jurídicas y políticas, la teoría de la legislación, el control de la discrecionalidad administrativa, cuestiones de lógica jurídica, los problemas sociales y jurídicos de la bioética o de la genética, las funciones del Derecho como mecanismo de transformación social, la enseñanza del Derecho, las fuentes del Derecho, los derechos humanos y los derechos fundamentales, las grandes cuestiones éticas y metaéticas relacionadas con el Derecho y su práctica judicial, Estado de Derecho y Estado constitucional de Derecho, dignidad humana, teoría de la decisión judicial, etc., etc.

El profesor Atienza no entiende nuestra materia, la Filosofía del Derecho, como adorno ni como vía de escape para los juristas que abominan del Derecho y se refugian en reivindicaciones a la moda o conceptos políticamente correctos para bienpensantes más bien ociosos. Nada de eso, su laboriosidad va de la mano de la intensidad y profundidad de sus empeños teóricos, que quieren cambiar el mundo y no meramente teñirlo de los colores pastel de la moralina fácil o la posmodernidad dulzona.

En medio de tan abundante y eximio trabajo, dos grandes asuntos destacan: el postpositivismo, como doctrina que guía el modo en que Manuel Atienza y su escuela piensan el Derecho, y la argumentación jurídica, en cuanto disciplina llamada a orientar una práctica jurídica que se pretende hondamente racional y fundada en los más altos valores y principios definitorios del Estado Constitucional de Derecho.

Nosotros hemos debatido mucho sobre ambas cuestiones, pero con quién no ha debatido Manuel Atienza. Porque Manuel Atienza entiende que la ciencia avanza con la discusión y no con silencios, complicidades o imposiciones. Cualquier discrepancia sobre las teorías más complejas no puede ser óbice para que en justicia se reconozca lo que el pensamiento jurídico mundial, y particularmente el latino, debe a Manuel Atienza en los dos mencionados campos.

Su teoría postpositivista del Derecho niega la separación conceptual entre Derecho y moral, tal como el iuspositivismo la propugna, y sostiene que ha perdido sentido esa cesura en nuestros Estados actuales, basados en constituciones densas en valores morales y principios, y que, en consecuencia, los operadores jurídicos en general, y particularmente los jueces, deben aplicar el Derecho vigente en toda su extensión, ciertamente, pero sin perder de vista la denominada unidad de la razón práctica, que llama a la justicia por encima de cualquier formalismo de leguleyos, o de cualquier fetichismo de la legalidad por la legalidad.

Por eso Manuel Atienza, junto con Juan Ruiz Manero y toda la escuela alicantina (de la que hoy tenemos aquí extraordinaria representación) han desarrollado una teoría, también postpositivista, de las normas del Derecho, con el énfasis en la diferenciación analítica entre reglas, principios y directrices y con el acento puesto en la ponderación como método o modo de razonamiento más apto para el trabajo con principios jurídicos y para anudar el Derecho que hay al que ha de ser propio de una sociedad justa.

Y ahí es donde ese postpositivismo de Manuel Atienza se da la mano con su teoría de la argumentación jurídica. Desde su objetivismo moral mínimo, diseña una teoría de la argumentación que no es mero catálogo de recursos para extraer de la ley soluciones para los conflictos, sino también, y ante todo, un modo de razonar metódicamente guiado que permita el grado debido –y sólo ese– de subordinación de lo jurídico a lo justo y de la razón jurídico-positiva a la razón práctica o razón moral.

Eso y muchísimo más podría contarse sobre su producción teórica y de su empeño en cultivar la verdad y la justicia para una materia tan intensa y llena de aristas como es el Derecho.

Con todo, no es meramente la cantidad y la calidad de lo así creado lo que hace a un maestro. Pues los maestros también transforman el mundo.

Fernando Pessoa ponía en boca de su heterónimo Alberto Caeiro estos versos:

*“Todas las opiniones existentes sobre lo que es la Naturaleza
No hicieron nunca que creciera una hierba, o naciera una flor”.*

Permítaseme que discrepe del sentir del poeta y que lo haga para referirme a cómo los filósofos, los humanistas todos y también los juristas forjan mundos con ideas, hacen cosas con palabras y nos ayudan a vivir como más propiamente somos: libres e iguales. En esa lucha para construir humanidad y desterrar tiranías y dominios ilegítimos destacan también los mejores maestros de las disciplinas jurídicas.

Manuel Atienza ha dado vida a la que en todas partes se conoce como escuela de Alicante de Filosofía del Derecho, ha dirigido durante muchos años el Máster en Argumentación Jurídica de esa Universidad, por el que han pasado muchos cientos de juristas que ahora tienen puestos de gran responsabilidad en instituciones de multitud de países; creó y dirigió desde 1984 la revista *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, la más prestigiosa de cuantas se publican sobre materia jurídica en el mundo latino y que en sus ya más de quince mil páginas ha dado voz a los autores más relevantes y espacio a las cuestiones más candentes. Ha organizado congresos, ha dirigido proyectos de investigación, ha recibido investigadores de medio mundo, ha sido conferenciante y profesor en multitud de universidades europeas y americanas, redactó, junto con Rodolfo Luis Vigo, el “Código Modelo de Ética Judicial”, aprobado en Lisboa en 2006, en el marco de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana; ha sido Vicepresidente de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social e impulsor principal de la Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, que echó a andar en Alicante en 2016 y que celebró su tercer congreso en México en 2023.

Su obra y su influencia justifican la docena de doctorados honoris causa que ha recibido en universidades de muy diferentes países.

Así fue y así es la trayectoria de Manuel Atienza Rodríguez, un hombre bueno, un hombre sabio, un hombre libre. Como escribió un gran poeta alicantino llamado Carlos Sahagún,

*“Tal es la libertad que hemos buscado
Con rebeldía solitaria”.*

En resumidas cuentas, estamos ante quien seguramente es, hoy por hoy, el jurista español vivo más influyente y más reconocido en el mundo. Y de su calidad humana da buena cuenta también la abundante presencia en este acto de colegas y amigos.

Agradezco al Departamento de Derecho Público el apoyo incondicional a la propuesta que partió del área de Filosofía del Derecho, a la Facultad de Derecho, a la Escuela de Doctorado y al Consejo de Gobierno, que también se expresaron favorablemente, y al Claustro de Doctores, que aprobó tal propuesta.

Concluyo aquí esta alabanza y me permito hacerlo con las palabras tan conocidas de Luis Cernuda en su “Desolación de la quimera”:

*“Gracias, Compañero, gracias
Por el ejemplo. Gracias porque me dices
Que el hombre es noble”.*

Por todo lo expuesto, Rector Magnífico, solicito se proceda a investir al señor don Manuel Atienza Rodríguez con el grado de Doctor Honoris Causa por la Universidad de León.

LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO DEL ART. 21.5 CP¹ BAJO EL PRISMA DEL DERECHO PENAL DE LA PLUTOFILIA: ¿QUIÉN PUEDE REPARAR?

The attenuating circumstance of reparation of the damage
of art. 21.5 CP under the prism of the Criminal Law of plutophilia:
Who can make reparation?

Cecilia Cuervo Nieto

Graduada en Derecho y Máster en Derecho Penal por la Universidad
de Salamanca
Personal investigador predoctoral en formación
Universidad de Salamanca²
u135160@usal.es

Recibido: 09/02/2024 – Aceptado: 16/04/2024

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el análisis de una de las circunstancias atenuantes descritas en el art. 21 CP, que es la atenuante de reparación del daño causado. No obstante, donde estriba su interés para el lector/a es en el novedoso enfoque desde el que se aborda el estudio de la mencionada atenuante. Es decir, el análisis se realizará bajo la perspectiva del llamado Derecho penal de la Plutofilia, denominación esta que permite hacer referencia a la corriente político-criminal en virtud de la cual el Derecho penal muestra cierta indulgencia para con los ricos cuando estos llegan a cometer ciertos delitos. Así, respecto de la atenuante que nos ocupa, ¿está concebida para beneficiar penológicamente a cualquier delincuente o solamente a aquellos que gocen de una posición económicamente privilegiada que les permita asumir sin dificultades el coste de la reparación de su delito?

■ Palabras clave:

Reparación del daño; Plutofilia;
Recursos económicos;
Discriminación; Responsabilidad
civil; Atenuante; Perdón; Art. 21.5 CP

¹ El objeto de estudio del presente artículo está circunscrito a la atenuante de reparación del daño prevista con carácter general para las personas físicas en el art. 21.5CP. Es por ello que no va a abordarse la reparación en el ámbito propio de las personas jurídicas ex art.31 quater c) CP. En cuanto a la figura del *compliance*, simplemente se hacen unas breves alusiones a la misma como supuesto vinculado a la plutofilia penal, y a la desigualdad que a la misma subyace, pero con un carácter en modo alguno minucioso sino simplemente ilustrativo acerca del fenómeno plutofílico.

² Este artículo se desarrolla en el marco del proyecto coordinado de generación de conocimiento “Plutofilia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con la cofinanciación del Fondo Social Europeo. Referencia del proyecto: PID2022-142211NB-C21.

Abstract

■ **Keywords:**

Reparation of the damage;
Plutophilia; Economic resources;
Discrimination; Civil liability;
Mitigation; Pardon; Art. 21.5 CP

The purpose of this article is to analyze one of the extenuating circumstances described in Article 21 of the Criminal Code, which is the extenuating circumstance of repairing the damage caused. However, its interest for the reader lies in the novel approach from which the study of the aforementioned mitigating circumstance is

approached. That is to say, the analysis will be carried out from the perspective of the so-called Plutophilia Criminal Law, a name that refers to the political-criminal current by virtue of which the Criminal Law shows certain leniency towards the rich when they commit certain crimes. Thus, with respect to the attenuating circumstance that concerns us, is it conceived to benefit penologically any offender or only those who enjoy an economically privileged position that allows them to assume without difficulties the cost of the reparation of their crime?

I. Introducción. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el CP de 1995: circunstancias atenuantes – II. Unas líneas acerca del fenómeno de la plutofilia penal: los supuestos paradigmáticos del *compliance* y la regularización tributaria: 1. El *compliance*; 2. La regularización de la situación tributaria en el delito fiscal – III. La atenuante de reparación del daño: análisis de su posible configuración como manifestación del Derecho Penal de la plutofilia: 1. Naturaleza jurídica; 2. Fundamentación; 3. Elementos – IV. Cuestiones controvertidas en la atenuante de reparación – V. A modo de cierre – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995: CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

En el ordenamiento jurídico penal vigente en España desde 1995, la concreta determinación de la responsabilidad penal derivada de la comisión de un delito (entendido conforme a la moderna definición ofrecida por la Teoría Jurídica del Delito como aquella acción típica, antijurídica, culpable y además punible³) se ve condicionada por la eventual concurrencia de una serie de circunstancias modificativas de dicha responsabilidad –esencialmente atenuantes y/o agravantes, así como la circunstancia mixta de parentesco⁴– que, en su caso, habrán de ser valoradas por el juzgador de cara a la necesaria individualización de la pena a imponer partiendo del marco penal abstracto previsto para el delito en cuestión⁵.

³ Esta es precisamente la cuarta acepción del término delito que recoge el Diccionario Panhispánico del español jurídico. Véase <https://dpej.rae.es/lema/delito> (última consulta realizada el día 03/02/2024).

⁴ Art. 21, 22 y 23 CP respectivamente.

⁵ Téngase en cuenta que la concurrencia de las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal descritas en los tres primeros párrafos del art. 20 CP (anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena y/o síndrome de abstinencia y alteraciones en la percepción desde el

A tal efecto, para el correcto desempeño de la actividad de dosimetría penal conducente a la determinación punitiva, y en lógica consonancia con el carácter legalista de nuestro sistema penal, el juez deberá tener en cuenta además las particulares directrices pautadas por el legislador en los art. 65 a 68 de CP. Estos preceptos evidencian el mayor peso concedido, dentro del modelo español de adecuación de la pena, a la fase legislativa frente a la posterior fase judicial, toda vez que, siguiendo a ROPERÓ CARRASCO y ZAMORANO MORENO, “nuestro legislador ha optado por conservar un sistema ya típico en nuestro Derecho penal, que ha demostrado su funcionalidad en la práctica y que resulta especialmente escrupuloso con el principio de legalidad y de seguridad jurídica (característicos de un sistema como el nuestro imbricado en el *Civil Law*) frente a otros modelos de adecuación de la pena, propios del ámbito anglosajón del *Common Law*, que prefieren confiar esta labor al juez que se ocupa del caso concreto”⁶.

Dentro del catálogo de circunstancias atenuantes que describe el art. 21 CP (excluyendo el apartado primero, que pese a la propia literalidad del código hace referencia en puridad a la típicamente española⁷ figura de las eximentes incompletas –aunque convertibles en atenuantes– y cuya concurrencia, en el caso de las eximentes⁸ sucesivamente previstas en los tres primeros apartados del art. 20 CP, permite el recurso al llamado sistema vicarial para los sujetos semiimputables⁹), se encuentran

nacimiento o infancia) incide decisivamente en el análisis llevado a cabo previamente por el juez en sede de culpabilidad en relación con la imputabilidad (definida precisamente como la capacidad de culpabilidad y de motivabilidad de la conducta realizada) del sujeto activo del delito, a fin de delimitar el ámbito propio de las penas –para sujetos culpables en tanto que plenamente imputables– del ámbito propio de las medidas de seguridad, expresamente previstas (art.95 CP y ss) para aquellos sujetos que, por cuanto concurre acreditadamente en ellos alguna circunstancia eximente de los tres primeros numerales del referido art.20, son considerados penalmente inimputables.

En todo caso, como bien señala MUÑOZ CONDE, “su toma en consideración (de las circunstancias atenuantes) exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, undécima edición, 2022, página 478.

⁶ Véase ROPERÓ CARRASCO, Julia y ZAMORANO MORENO, Pilar, “Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal”, *Studia Carande*, vol. 5, 2000, página 116.

⁷ De hecho, esta categoría de las eximentes incompletas (como figura a medio camino entre la eximente completa y la atenuante ordinaria) no existe en muchos otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como por ejemplo en Alemania, país cuyo sistema penal acude a complejas figuras intermedias entre la antijuridicidad y la culpabilidad, de difícil conceptualización y encaje en la moderna Teoría Jurídica del Delito.

⁸ Conviene tener en cuenta que en el art. 20 CP se integran bajo la categoría común de eximentes (el CP se limita a señalar de manera ambigua y genérica que “Están exentos de responsabilidad criminal...”) circunstancias de muy diversa naturaleza y efectos jurídicos, como son las causas de inimputabilidad en sede de culpabilidad (cuya concurrencia parcial permite apreciar los supuestos de semiimputabilidad), las causas de exculpación, también en sede de culpabilidad y las causas de justificación en el nivel previo de la antijuridicidad.

⁹ Recuérdese que el sistema vicarial es el consagrado por nuestro legislador en el art.99 CP para el caso exclusivo de sujetos semiimputables por apreciación de una eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.1, 2, o 3, con intensa disminución –que no completa anulación– de su culpabilidad, y siempre que en el sujeto concurren tanto

situaciones fácticas de muy diversa naturaleza, tales como, actuar a resultas de una grave adicción, obrar a instancias de un estado pasional intenso –típicamente, el arrebató o la obcecación–, o las dilaciones extraordinarias e indebidas imputables a la propia Administración de Justicia, además de la atenuante analógica que viene a convalidar la analogía *in bonam partem*¹⁰ pese a la literalidad del art.4.1 CP¹¹, así como las circunstancias de confesión del delito y reparación del daño respectivamente.

II. UNAS LÍNEAS ACERCA DEL FENÓMENO DE LA PLUTOFILIA PENAL: LOS SUPUESTOS PARADIGMÁTICOS DEL COMPLIANCE Y LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

Tras esta breve aproximación meramente introductoria, el objetivo del presente trabajo consiste en centrar la atención en una sola de esas circunstancias atenuantes previstas en el art.21 CP, como es la atenuante de reparación del daño causado. Para ello, y aquí estriba, espero, el interés de estas líneas, se adoptará una novedosa perspectiva de análisis vinculada con el fenómeno (incipientemente abordado por la doctrina) de la plutofilia penal¹².

penas como medidas de seguridad, ambas privativas de libertad de conformidad con el art 104 CP. Cuestión distinta, respecto de las eximentes incompletas con valor de atenuantes es la que se plantea con la ausencia de los requisitos –inesenciales, puesto que los requisitos esenciales son siempre indispensables para poder valorar la circunstancia incluso por la vía de la eximente incompleta– en aquellas circunstancias del art. 20 CP que operan como causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), toda vez que estas circunstancias inciden no ya en la valoración de la culpabilidad del sujeto autor de una acción típica y antijurídica, sino en el previo análisis de la antijuridicidad misma de la conducta típica por él desplegada (salvo el supuesto del miedo insuperable que, en tanto que causa de exculpación por inexigibilidad de una conducta distinta, incide también en la culpabilidad, aunque no llega a afectar a la imputabilidad del sujeto al no recaer sobre las capacidades biopsíquicas del mismo para comprender la norma penal y adecuar su conducta a esta).

¹⁰ Inspirada a su vez en el aforismo *favorilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*.

¹¹ Y ello sin perjuicio de aquellas otras concretas circunstancias atenuantes que puedan además haber sido específicamente previstas para cada delito en cuestión (a modo de subtipos privilegiados de ese delito concreto), toda vez que las atenuantes descritas en el art. 21 CP son las llamadas atenuantes genéricas, que son *a priori* susceptibles de aplicarse a cualquier clase de delito. En este sentido, y a pesar de su común incardinación en sistemas legalistas del *Civil Law*, los códigos penales de Francia y Alemania son muy distintos en sus planteamientos a nuestro CP, ya que carecen de un elenco de circunstancias generales, contemplando solamente ciertas circunstancias modificativas en los concretos delitos de su Parte Especial.

¹² En relación con esta cuestión, es de resaltar el carácter profundamente fragmentario y disperso que ofrece el estudio doctrinal en torno a esta materia, habiéndose adoptado frecuentemente una visión segmentada sobre cuestiones penales necesariamente interrelacionadas, abogándose así, frente a la necesidad de un planteamiento holístico e integrador por la configuración de compartimentos estancos.

Respecto de la plutofilia, hay que precisar que cabe atribuirse la autoría de este término (resultante de la conjunción de dos vocablos procedentes del griego, *plutos* –que significa riqueza– y *philos* –que significa amor–) al profesor chileno Agustín SQUELLA, quien en una columna de opinión del diario “El Mercurio” escribió que “al sentimiento de adoración por los

En este sentido, resulta llamativa la circunstancia de que, siendo formalmente la plutofilia penal un término nuevo –ni reconocido ni incorporado al Diccionario de la lengua española de la RAE–, este venga a designar paradójicamente una realidad o fenómeno firmemente arraigado en la noche de los tiempos, cual es la cuasi atávica complacencia que las autoridades públicas han mostrado siempre hacia los poderosos. De esta manera, frente a aquella respuesta penal particularmente severa prevista en determinados supuestos para con el débil y desfavorecido por el sistema (por ejemplo, mediante un excesivo rigor punitivo que alcanza a la criminalización de ciertas conductas consideradas socialmente de bagatela¹³ y cuyo duro castigo penal difícilmente puede entenderse, ni siquiera como una –amarga– necesidad en una comunidad de seres imperfectos¹⁴), ese mismo ordenamiento jurídico penal contempla respecto de otras modalidades delictivas una respuesta penal sensiblemente más benévola e indulgente cuando el autor del delito es una persona que sí resulta ya (en términos utilitarios pero coherentes con el planteamiento eficientista del Derecho penal vigente)¹⁵ funcional al sistema.

En otras palabras, la plutofilia penal podría resumirse en la existencia de un Derecho penal indulgente o tolerante con aquellos que, ostentando posiciones de poder fundamentalmente de índole político y/o económico en la sociedad¹⁶, cometen delitos que recaen, particularmente, sobre bienes jurídicos colectivos (en los que dada la

ricos me he permitido llamarlo plutofilia (...). Véase SQUELLA NARDUCCI, Agustín, “Plutofilia y aporofobia”, *Diario El Mercurio*, Santiago de Chile, 31 de mayo de 2019.

Sin embargo (y partiendo de esa primera conceptualización llevada a cabo por SQUELLA, que es quien en pureza acuña el término), será TERRADILLOS BASOCO, quien, a través de su obra clave en la materia, *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, diseñe dentro de una concepción ya sí netamente penal las líneas generales del fenómeno plutofílico, en relación además con su reflejo especular, la aporofobia penal. Véase al efecto TERRADILLOS BASOCO, José María, *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch, Barcelona, 2020.

¹³ A tal efecto, cabe destacarse como ejemplo paradigmático de delito de bagatela el llamado top manta tipificado en el art. 274. 3 CP con pena de prisión de hasta dos años. A este respecto véase el ilustrativo trabajo de la profesora BENITO SÁNCHEZ, en BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, “Aporofobia y delito: la criminalización del top manta”, *Revista Penal*, número 48, 2021, página 5.

Téngase aquí en cuenta la definición que de la criminalidad de bagatela ofrece ARMENTU DEU como aquellos hechos contemplados en las leyes penales cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia (ARMENTU DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad. Alemania y España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, página 23).

¹⁴ Véase el Proyecto Alternativo de Código Penal para Alemania de 1966, liderado por catorce catedráticos de Derecho Penal de universidades alemanas y suizas (entre ellos un joven Roxin), que presentaba un marcado corte liberal y social frente al oficial Proyecto de reforma de 1962, más conservador. Es de destacar la influencia que el Proyecto Alternativo ejercerá sobre el CP español de 1995.

¹⁵ Piénsese que, no en vano, Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, fue también economista, de lo cual se deriva en cierto modo la imbricación económica del Derecho Penal, reflejada por ejemplo en la regulación de la compleja institución del decomiso ampliado.

¹⁶ Y en estos criterios radica desde mi punto de vista la posible diferenciación entre la plutofilia, vinculada a posiciones de poder de índole estrictamente económico, y el Derecho penal del amigo, ligado al poder en general, ya no solamente económico sino también político.

difusa titularidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito –al configurarse como sujeto pasivo del mismo el conjunto de la sociedad– se facilita la lejana percepción de sus efectos negativos, que se ven en cierta manera diluidos y por ende, resulta más complejo exigir responsabilidad penal, sin perjuicio del carácter simbólico –definido en palabras de MORILLAS CUEVA como “un proceso de vaciado de los contenidos de las normas punitivas”¹⁷– que presentan muchos de los tipos penales que protegen esta clase de bienes jurídicos¹⁸).

Se trata pues, de un Derecho penal que observa con cierta benevolencia y empatía los desmanes de los ricos y de quienes, como *establishment*, ostentan un elevado estatus en el mundo de los negocios, siendo su reflejo en el modelo penal claramente transversal, puesto que salpica al mismo en su totalidad.

En la Parte General, estableciendo agravantes que rara vez podrán afectar a los poderosos (alevosía, disfraz, ensañamiento¹⁹) así como mecanismos de elusión de la responsabilidad penal mediante los programas de cumplimiento de los cuales no se privilegian las personas físicas, e incluso con una atenuante como la de reparación del daño que bien pudiera considerarse una manifestación plutofílica dado su carácter *a priori* netamente pecuniario.

Y en la Parte Especial, tal inclinación de benevolencia punitiva se manifiesta fundamentalmente en los delitos contra la Seguridad Social (en el sentido de no fijar límites a las defraudaciones indebidas de prestaciones que son cometidas por los no empresarios ex art.307 ter 1.CP en lo que supone una desigual determinación cuantitativa de los límites mínimos de la defraudación punible para empresarios y trabajadores), así como en el límite mínimo de tipicidad de 120.000 euros que exige el delito fiscal del art. 305 CP, mientras que el delito de hurto carece de cuantía mínima para su apreciación (toda vez que el mucho menor límite de 400 euros no lo es a efectos de tipicidad y antijuridicidad sino solamente de penalidad de una conducta que ya es previamente típica). Parece pues que la tutela penal del patrimonio privado, cuya titularidad detentan mayoritariamente aquellos sectores amparados precisamente en la plutofilia del legislador, es sensiblemente más intensa y eficaz que la tutela del patrimonio público, cuya preservación es vital para los colectivos más vulnerables, para quienes constituye en muchos casos la práctica totalidad de sus recursos.

¹⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, página 21.

¹⁸ Son expresión de este Derecho Penal simbólico ciertos tipos penales en materia de protección del mercado y de los consumidores o el paradigmático supuesto del delito de corrupción privada o corrupción en los negocios. A tal efecto, véase OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, 2022, página 70.

¹⁹ Esto es, las agravantes arriba indicadas suelen acompañar por su particular *modus operandi* la comisión de delitos violentos, tales como hurtos, robos u homicidios, que son delitos no típicamente vinculados con una delincuencia de cuello blanco, cuyo perfil de autor es un individuo acaudalado, de elevado estatus socioeconómico.

En síntesis, como acertadamente apunta FERRÉ OLIVÉ, quien define la plutofilia como aquella vertiente penal que es tolerante con lo funcional, “el derecho penal contemporáneo aporta innumerables ejemplos de tratamiento suave hacia los delitos cometidos por quienes dirigen los negocios, la economía y la distribución de la riqueza, que se manifiesta desde el ámbito de la corrupción, la tributación e incluso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha generado la figura del *criminal compliance* para facilitar, entre otros objetivos, la impunidad”²⁰.

En este punto, y a fin de reforzar esta tesis, se ofrecerá una breve digresión relativa a dos claras manifestaciones del Derecho penal de la plutofilia, como son, por una parte, la figura de los programas de cumplimiento, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex art. 31 bis CP, y, en segundo lugar, la controvertida figura de la regularización de la situación tributaria contemplada en el art. 305.4 CP. En todo caso, la breve referencia a estos dos supuestos se considera al objeto de este artículo meramente instrumental, a modo de ejemplo ilustrativo del llamado Derecho penal plutofílico, y sin que en ningún caso constituyan su objeto de estudio, sino una disertación breve de cara a la mejor comprensión de la cuestión relativa a la reparación, elemento verdaderamente nuclear de este trabajo.

1. El *Compliance*

En las líneas anteriores ya se ha tenido ocasión de aludir a esta figura, hoy prácticamente omnipresente en el ámbito de las grandes corporaciones. El *compliance*, como mecanismo de autocontrol, supone una delegación por parte del Estado de la labor de control y vigilancia²¹ de riesgos en unos sujetos privados²² (las empresas privadas de certificación), sin perjuicio de que debe corresponder necesariamente a los órganos jurisdiccionales estudiar la idoneidad y eficacia *ex ante* del modelo de cumplimiento en cuestión, sin incurrir en automatismos al respecto.

Asimismo, aquellos programas de cumplimiento que se adecúen a los parámetros descritos en el apartado quinto del art. 31 bis CP²³ podrán determinar que la persona jurídica que (voluntariamente) los haya adoptado vea atenuada o incluso eliminada su responsabilidad penal derivada de la comisión de un delito en su seno, actuando así tales programas como causas de exención, o atenuación en caso de concurrencia solamente parcial de los requisitos, de la responsabilidad penal. Por ello, la institución del *compliance* presenta en España una naturaleza eminentemente sustantiva, no evitando la existencia del proceso, pero sí modulando la responsabilidad penal.

²⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en Derecho Penal”, *Revista Penal México*, número 20, 2022, p. 56.

²¹ Si bien el Estado se reserva su “papel de supervisor” de esos deberes de control y vigilancia a cargo de sujetos privados (TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.* p. 75).

²² Lo cual lleva a TERRADILLOS a calificar el *compliance* como una “herramienta de privatización del control del crimen”. *Ibidem*, página 75.

²³ Conviene precisar que el legislador español en ningún momento emplea el término ni de *compliance* ni de programas de cumplimiento sino que se refiere expresamente a “modelos de organización y gestión” ex art. 31 bis 2.1º CP.

En relación con la plutofilia, el problema que plantea el *compliance* es doble:

- De una parte, su discutible eficacia preventiva por cuanto, a pesar del incentivo empresarial que supone, no siempre impide la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica, tal y como se ha puesto recientemente de manifiesto con el caso de la consultora brasileña *Odebrecht* (que, por cierto, contaba formalmente con un modelo de ética interna extraordinariamente prolijo²⁴).
- Por otra parte, para las empresas el hecho de elaborar e implementar *ex novo* un programa de cumplimiento idóneo que sea posteriormente validado por una serie de entidades privadas de certificación²⁵ supone un desembolso económico no siempre sencillo de afrontar para muchas de ellas²⁶, máxime si se tiene en cuenta que son las llamadas PYMEs las que integran la casi totalidad del tejido empresarial español²⁷.

Además, existe el riesgo de que el *compliance* pueda llegar a erigirse en una suerte de salvoconducto que opere como parapeto tras el cual la persona jurídica se refugie cuando comete delitos (actuando indebidamente a modo de “vacuna jurídica preventiva²⁸”), privilegiando *a priori* a las grandes empresas frente a las pequeñas que no pueden permitirse económicamente implementar un programa de cumplimiento.

Así, siguiendo a ABADÍAS SELMA “el principio de igualdad se ve atacado por el favor que reciben las clases poderosas inmersas en la plutofilia, protegidas por programas de cumplimiento en sus empresas que les servirán de auténticos parapetos

²⁴ En relación con los grandes escándalos financieros internacionales que precipitaron la crisis económica del año 2008, FERRÉ OLIVÉ hace referencia a lo que califica de “capitalismo de amigos” o captura regulatoria, que se caracteriza por la cesión de espacios al sujeto regulado, pudiendo derivarse de dicha cesión verdaderas catástrofes socioeconómicas, como ha ocurrido con el asunto señalado de *Odebrecht*. Véase FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa”, en *Revista Penal México*, número 16-17, 2019-2020, página 66.

²⁵ No obstante, tales entidades privadas de certificación han de superar una prueba de cuya gestión se encarga la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), constituida en “el Organismo Nacional de Acreditación designado por el Gobierno en aplicación del Reglamento (CE) nº 765/2008 que regula el funcionamiento de la acreditación en Europa”. Véase <https://www.enac.es/quienes-somos/-que-es-enac-> (última consulta realizada el día 04/02/2023).

²⁶ Lo cual puede provocar en muchos casos una indeseable y preocupante práctica consistente en copiar y pegar programas ajenos de otras empresas, tal y como alertó la propia Fiscalía General del Estado en su 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. Véase <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001> (última consulta realizada el día 04/02/2023).

²⁷ Con arreglo a los datos facilitados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de España a fecha de enero de 2023, las PYMEs constituyen el 99,8% del total de empresas en nuestro país, frente a un modesto 0,2% de grandes empresas con más de 250 trabajadores. https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Cifras_PYME/CifrasPYME-enero2023.pdf (última consulta realizada el día 04/02/2023).

²⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, página 88.

frente a investigaciones judiciales y, en detrimento de la auténtica administración de Justicia, que debería tratar a todos por igual con un fiel²⁹”.

2. La regularización de la situación tributaria en el delito fiscal

El delito fiscal, previsto en el art. 305 CP, constituye una clara muestra del llamado Derecho penal de la plutofilia. Particularmente paradigmática resulta la controvertida figura de la regularización de la situación tributaria, contemplada en el art. 305. 4 CP como una suerte de vía de escape para lograr, mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria de manera espontánea³⁰, la exención de responsabilidad penal por conductas delictivas válidamente consumadas contra el fisco³¹.

Así, se distingue discriminatoriamente entre dos clases de delincuentes: aquellos que cometen delitos contra la Hacienda Pública y que pueden llegar a quedar exentos de toda responsabilidad penal (por el delito fiscal cometido y sus respectivas falsedades instrumentales) en virtud de la señalada regularización; y, por otra parte, aquellos otros delincuentes que cometan cualesquiera otra clase de delitos, para los cuales el legislador ya no contempla una vía de impunidad post delictiva análoga, siendo además notorio que suelen ser precisamente las personas más acaudaladas las que están en condiciones de incurrir en un delito de fraude fiscal (de ahí que se hable de manifestación plutofílica), toda vez que el tipo penal exige como condición objetiva de punibilidad que el importe de la cuota tributaria defraudada exceda de 120.000 euros.

²⁹ ABADÍAS SELMA, Alfredo, “Reseña a Terradillos Basoco, Juan María, Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 68, número 2, 2020, página 416.

³⁰ Véase FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, “Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXIII, 2020, páginas 613 y ss.

³¹ Respecto de la naturaleza jurídica de esta regularización interesa lo expuesto por ESPIGADO GUEDES, que la conceptualiza, en sintonía con la doctrina mayoritaria, de excusa absolutoria. Véase ESPIGADO GUEDES, Diego, “Amnistía fiscal: a propósito de la regularización tributaria como excusa absolutoria en el delito fiscal. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017”, *Diario La Ley*, número 9030, 2017, página 6. No obstante, el propio Preámbulo de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, parece en su literalidad desmentir (de forma poco aplaudida por la doctrina mayoritaria) su incardinación en la citada categoría de las excusas absolutorias en aras de su configuración como una suerte de causa de atipicidad sobrevenida al señalar que “la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal”. (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15647>, última consulta realizada el día 09/08/2023). De esta manera, la concreta ubicación dogmática de la regularización tributaria continúa ocupando y preocupando a la doctrina (a tal efecto, véase VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, “Derecho Penal del amigo. Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.”, en *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, número 32, 2013, página 7), excediendo su análisis las posibilidades de este trabajo.

De esta manera, el legislador privilegia con esta vía de escape a unos concretos delincuentes (los defraudadores tributarios, generalmente de elevado nivel adquisitivo) frente a cualesquiera otros, para los cuales ya no se contempla ninguna regularización *ad hoc* con la que puedan liberarse de sus culpas.

III. LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO: ANÁLISIS DE SU POSIBLE CONFIGURACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA PLUTOFILIA

Teniendo en cuenta lo expuesto en las páginas precedentes, procede a continuación proseguir con el análisis de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el art.21.5 CP.

En este sentido, hay que señalar que el vigente CP de 1995³² ha introducido relevantes cambios en materia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en relación con el modelo anteriormente previsto en el art. 9 del CP de 1973. Así, tales cambios son fundamentalmente en materia de embriaguez, minoría de edad y la atenuante que a estos efectos interesa de reparación del daño.

La legislación anterior, de 1973, contemplaba como circunstancia atenuante en su art. 9.9 la del “arrepentimiento espontáneo” del culpable, arrepentimiento del cual se derivaba una conducta por su parte tendente a “reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades la infracción”³³. En la actual legislación alumbrada por el CP de 1995 se ha suprimido esa expresa referencia al arrepentimiento espontáneo, considerado un elemento netamente subjetivo, poco fiable y de difícil acreditación, además de imbuido de connotaciones pietistas, moralistas y/o religiosas (como si de un acto de contrición se tratara) impropias de un sistema penal moderno³⁴, al tiempo que se ha desdoblado esa anterior circunstancia atenuante del art. 9.9 CP 1973 en dos nuevas circunstancias autónomas y diferentes entre sí: la confesión a las autoridades del apartado cuarto, y la reparación del daño del apartado quinto del art.21 CP 1995 respectivamente.

A tal efecto, el art 21.5 establece que: “Son circunstancias atenuantes la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus

³² Acertadamente bautizado como el “Código Penal de la democracia”, pues ha sido hasta la fecha el único código penal elaborado de nueva planta desde la Transición, consiguiendo dar al modelo penal español el necesario traslado de los axiomas y principios nucleares contemplados en el llamado programa penal de la Constitución.

³³ La dicción literal del art.9.9 del TRCP 1973 era la siguiente: “Son circunstancias atenuantes (...) La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715> (última consulta realizada el día 07/02/2024).

³⁴ Incardinado, recuérdese, en un ordenamiento jurídico cuya Norma Fundamental define como aconfesional, que no laico, ex art. 16.3 CE 1978.

efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

1. Naturaleza jurídica

La primera cuestión destacable en relación con esta atenuante es que opera con carácter *ex post facto*, tras la comisión del delito, pero sin incidencia real ni en la antijuridicidad ni en la imputabilidad-culpabilidad del sujeto activo, sino en la punibilidad de su conducta, como acertadamente señala MIR PUIG cuando advierte que “Las atenuantes de confesión de la infracción (art. 21, 4ª) y de reparación del daño (art. 21, 5ª) disminuyen la pena por un comportamiento posterior al hecho, por lo que no influyen ni en su injusto ni en su imputación personal. Constituye asimismo una circunstancia posterior al delito”³⁵.

Además, se establece que esa actuación por parte del culpable tendente a reparar el daño causado ha de producirse con carácter previo a la celebración del acto del juicio oral, operando este momento procesal establecido por el legislador como “barreras político-criminales³⁶” en palabras de MUÑOZ CONDE, a partir de las cuales ya no se considera oportuno reconocer valor de atenuación al comportamiento del culpable. Es decir, frente a la atenuante de confesión a la autoridad del art.21.4 CP que establece que esa confesión deberá producirse en cualquier momento anterior a que el culpable conozca de la existencia de un procedimiento judicial penal en su contra, el legislador en el apartado quinto introduce expresamente una barrera temporal nítida con el acto de celebración del juicio oral, finalizada la instrucción de la causa (y sabiendo ya, evidentemente, el culpable de la existencia de un procedimiento judicial dirigido en su contra), de modo que el margen temporal no solamente es más claro, máxime tras la oportuna supresión de la compleja e incierta expresión de “por impulsos de arrepentimiento espontáneo”, y objetivo (al no hacerse depender de aquello que el culpable pueda conocer o dejar de conocer con la dificultad probatoria añadida que ello implica en la práctica forense), sino también de mayor duración. En suma, el CP de 1995, al recoger expresamente como margen temporal “cualquier momento del procedimiento con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, ha logrado poner fin a las anteriores discrepancias temporales existentes a la luz del impreciso art.9.9 del CP 1973.

2. Fundamentación

En relación con el fundamento (al menos en el plano teórico e ideal) que subyace en la atenuante de reparación del daño, podría afirmarse que la fundamentación resulta diversa. Primeramente, radica en razones de política criminal, de corte victimológico³⁷,

³⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, décima edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, página 636.

³⁶ MUÑOZ CONDE, *op. cit.* p. 487.

³⁷ De hecho, se afirma que esta atenuante se configura, dado el papel central que *a priori* concede a la víctima, como elemento central dentro de la pujante justicia restaurativa. Véanse CUENCA GARCÍA, María José, “La atenuante de reparación del daño como

tendientes a proteger a la víctima, incentivando en virtud de una suerte de recompensa penológica un comportamiento postdelictivo por parte del culpable favorable para el sujeto pasivo del delito, basándose en unas expectativas de comportamiento futuro del delincuente –valorable incluso como un indicio de su voluntad de rehabilitación, con una función de prevención especial positiva– para encauzar su conducta. Asimismo, lo anterior se debe entender sin perjuicio de la necesidad de garantizar la persecución judicial del delito (si bien este fundamento resulta más nítido en el caso de la atenuante de confesión), al tiempo que se refuerza también, en el marco de la dosimetría penal, el principio de proporcionalidad de las penas característico de un Derecho penal humanitario de corte resocializador ex art. 25. 2CE.

Interesa en este punto lo expuesto por el TS en la STS 1517/2003, de 18 de noviembre de 2003, cuando declara en su Fundamento Jurídico séptimo que (la atenuante de reparación del daño) “se configura como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

- Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la configuración de la atenuante anterior.
- Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito”.

3. Elementos

Señalados los fundamentos de esta atenuante, caben distinguirse los requisitos integrantes de la misma. A tal efecto, caben diferenciarse tres, que permiten dar respuesta a las preguntas de quién debe reparar, qué se debe reparar y cuándo debe repararse, respectivamente.

– Respecto del elemento subjetivo, ya se ha señalado el intenso proceso de relativización del mismo en el sentido de que lo realmente relevante es lo que el culpable haga después de cometer el delito, con independencia de sus concretas motivaciones íntimas, siendo del todo indiferente que aquel se arrepienta o no de su conducta. Así, este elemento subjetivo se refiere únicamente al sujeto cuya actuación condiciona la eventual apreciación de la atenuante, que no es otro que, siguiendo la literalidad del código, el culpable. No obstante, cabe cuestionar la imprecisión que en este sentido presenta el precepto, toda vez que el concepto de culpabilidad en Derecho

instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, páginas 943 y 944 y ROSELLÓ MONTSERRAT, Josefa Teresa, “Mediación penal y circunstancia atenuante de reparación del daño”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, número 14, 2023, página 3.

penal no es unívoco³⁸. Así, hubiera sido preferible que el legislador hubiera empleado el término mucho más preciso de sujeto activo, como persona que realiza la conducta típica descrita en la norma, y ello sin perjuicio de la problemática planteada con ocasión de la reparación a cargo de terceros, a la que se volverá más adelante.

– El elemento objetivo consiste en proceder a reparar el daño causado o al menos disminuir sus efectos. No obstante, siguiendo a ROPERO CARRASCO y ZAMORANO MORENO, “no es necesario que se alcance el resultado efectivo de la reparación, ya que el precepto exige que el culpable haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, pero no especifica que realmente se haya conseguido el objetivo propuesto”³⁹. Asimismo, para DOMINGO MONFORTE y PEÑALOSA TORNÉ, “la reparación no consiste necesariamente en el pago de la indemnización de los daños y perjuicios de carácter patrimonial sino que también podrá hacerse por la vía de la indemnización del daño moral, restitución de los bienes o cuando el culpable repara los efectos del delito por otras vías alternativas”⁴⁰. A tal efecto, la STS 285/2003, de 28 de febrero, sostiene en su Fundamento Jurídico décimo que “cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios (alcanzando tanto a los daños materiales como morales⁴¹), de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica” integran el contenido de la atenuante de reparación del daño, que no debe así restringirse a las previsiones del art.110 CP en materia de responsabilidad civil *ex delicto* (de clara influencia civilista en previsión del art. 1092 del Código Civil). Impera pues la flexibilidad en cuanto al contenido de la actividad reparadora, buscándose en virtud de una interpretación jurisprudencial extensiva propiciar y estimular, mediante la admisión de diversas modalidades de reparación, la realización de actos de reconducción del injusto por parte del culpable.

– Finalmente, el elemento temporal o cronológico, ya aludido, se refiere al margen de tiempo que el legislador concede para que el culpable (por continuar con la

³⁸ En este sentido, la culpabilidad puede referirse a tres cuestiones diferentes. Por una parte, al concepto clásico más extendido en términos procesales de culpable como concepto opuesto a inocente. En segundo lugar, la culpabilidad también se vincula al principio de culpabilidad, como un principio limitador del ejercicio del *ius puniendi* estatal, vinculado con el principio de responsabilidad subjetiva ex art. 5 CP, con arreglo al cual no puede exigirse responsabilidad penal por hechos meramente fortuitos en los que no ha intervenido ni dolo ni imprudencia. Finalmente, culpable es también con arreglo a la categoría dogmática de la Teoría Jurídica del Delito aquel sujeto que por percibir el mensaje motivador de la norma penal es capaz de comprender la significación antijurídica de su conducta, adecuando su conducta a dicha comprensión, siendo tanto motivable como imputable y por ello penalmente responsable.

³⁹ ROPERO CARRASCO, Julia y ZAMORANO MORENO, Pilar, *op. cit.* p. 21.

⁴⁰ DOMINGO MONFORTE, José y PEÑALOSA TORNÉ, Carlos, “La atenuante de reparación del daño. Tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, número 9615, 2020, página 2.

⁴¹ De hecho, se ha apreciado la atenuante de reparación del daño en delitos contra la libertad sexual, en los que no existen daños materiales *strictu sensu*, sino solamente morales, siempre que se justifique cumplidamente, llegándose incluso a condicionar a una suerte de aceptación por parte de la víctima. Véase la STS 1029/1999, de 25 de junio o más recientemente la STS 3450/2019, de 30 de octubre.

terminología del CP) pueda reconducir su comportamiento delictivo, que será de forma taxativa en cualquier momento del procedimiento anterior a la celebración del acto del juicio oral, con todo lo que de certeza y seguridad jurídica y probatoria comporta esa precisión normativa. No obstante, cabe destacar que las actuaciones reparadoras por parte del culpable ya durante el trascurso de las sucesivas sesiones del juicio oral, si bien no estarían amparadas en la literalidad aludida del art. 21. 5, sí podrían fundamentar la apreciación de una atenuante analógica⁴², toda vez que por esta vía del art. 21. 7 CP se han llegado a conceder efectos de reducción de la pena, a modo de atenuantes incompletas, a aquellos casos en los que no concurren todos los requisitos que permiten apreciar íntegramente una atenuante genérica⁴³.

Asimismo, hay que señalar que, pese a que la atenuante de reparación del daño ha experimentado un progresivo proceso de objetivación al dejarse atrás el requisito cuasi pietista del arrepentimiento espontáneo, es evidente que aún subsiste un elemento de cierta subjetividad que no es posible desterrar, cual es la necesaria voluntariedad en la actuación reparadora por parte del culpable. Es decir, la reparación ha de ser siempre voluntaria y libremente realizada, excluyéndose relevancia atenuadora a aquellas reparaciones realizadas en cumplimiento de un previo requerimiento judicial de carácter imperativo *ope legis*. Así, aunque ya no se habla de espontaneidad tampoco puede hablarse de coactividad, manteniéndose en la concepción de la atenuante un necesario carácter voluntarista (“colaboración voluntaria del autor” a la reparación del daño siguiendo jurisprudencia del TS⁴⁴).

En este sentido, la STS 35/2020, de 6 de febrero de 2020 sostiene que “por mucha objetivación que se pretenda dar a la atenuante no puede admitirse cuando, por ejemplo, se satisface la indemnización por requerimiento judicial vía arts. 589 y 783.2 LECrim”. A tal efecto, la misma sentencia añade que no tendrán la consideración de reparación del daño causado a efectos penológicos: “1.- Los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio 2.- supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.- conductas impuestas por la Administración. 4.- simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente”. Además, señala que “en cualquier caso,

⁴² Véase la STS 100/2000, de 4 de febrero, Fundamento Jurídico quinto, que indica que “la reparación ofrecida en el transcurso de las sesiones del plenario quedaría fuera de las previsiones del legislador, aunque según las circunstancias del caso podrían dar lugar a la atenuante analógica”.

⁴³ A tal efecto, MUÑOZ CONDE advierte que la jurisprudencia aplica también esta circunstancia a “supuestos que, propiamente, no son diversos de los contenidos en las anteriores circunstancias, sino que, coincidiendo con ellas, no reúnen todos sus requisitos o éstos no se dan con la intensidad exigida (por ejemplo, drogadicción leve), lo que supone, en realidad, aplicar una suerte de «atenuante incompleta»”. MUÑOZ CONDE... *op. cit.* p. 488. En todo caso, la posibilidad de apreciar por esta vía aludida de la atenuante analógica una reparación tardía posterior al inicio del juicio debiera ser siempre marcadamente escrupulosa, excepcional y extraordinaria, debiendo además ser objeto de especial motivación en la sentencia por parte del juzgador y previa valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

⁴⁴ STS 285/2003, de 28 de febrero.

debe tratarse de un pago relevante del daño causado”, en el sentido de significativo y eficiente, excluyendo reparaciones meramente ficticias o fraudulentas.

No obstante, la STS 285/2003, de 28 de febrero, en su Fundamento Jurídico décimo señala que “no puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en el que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el Legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos”. Es decir, en la apreciación de la atenuante de reparación del daño deberán valorarse todas las circunstancias concurrentes en el supuesto de que se trate, como la naturaleza del delito y la entidad del daño derivado de este, pero también la capacidad económica del culpable y el esfuerzo reparador que realiza, condicionado precisamente por su caudal patrimonial, admitiéndose la atenuante en aquellos casos en los que la reparación del daño, siendo solamente parcial (pero en ningún caso mínima, irrisoria ni aparente), sí es voluntaria, significativa y relevante para la víctima, subjetivizándose *de facto* por vía interpretativa y jurisprudencial la valoración de la atenuante (al no ponderarse solamente el acto objetivo de la reparación sino también las circunstancias personales del culpable), todo ello sin perjuicio de la necesidad de desplegar la oportuna actividad probatoria sobre estos extremos.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse, ¿quién se ve (al menos potencialmente) más favorecido por esta circunstancia atenuante de reparación del daño? Es decir, ¿quién puede reparar el daño de manera relativamente sencilla, beneficiándose así de la rebaja punitiva prevista? El vulnerable y excluido del sistema, aquel que se encuentra en una situación de extrema precariedad, ¿va a poder acogerse a la atenuante de reparación del daño o, por el contrario, esa atenuante se configura *de facto* como un privilegio punitivo meramente elitista? ¿Estamos por tanto ante una nueva manifestación discriminatoria de nuestro modelo penal fruto de los postulados del llamado Derecho penal del amigo⁴⁵ y, más concretamente, del Derecho penal de la plutofilia⁴⁶?

⁴⁵ Derecho penal del amigo que, en oposición al Derecho penal del enemigo de Jakobs, ya no criminaliza, sino que privilegia y ampara al delincuente, siempre que este pertenezca a ciertas esferas del poder (en sus diferentes manifestaciones, tanto político, como socioeconómico, con una raigambre más plutofílica) funcionales al sistema, y se trate de ciertos delitos característicos de estos perfiles criminológicos. Recuérdese respecto del Derecho penal del enemigo que su línea de pensamiento podría esencialmente condensarse *grosso modo* en la negación de toda condición de persona al delincuente que atenta contra el sistema, perturbándolo hasta el punto de amenazarlo, y considerado por tanto como una mera fuente de peligro, incluso con carácter preventivo, pivotando en síntesis todo su argumentario en torno al concepto de la seguridad del sistema, al que se supeditan las garantías penales. En el ámbito del Derecho penal del amigo, esta idea de seguridad vendría a ser reemplazada por la de la utilidad y/o funcionalidad al sistema imperante.

⁴⁶ En esta línea se manifiestan DOMINGO MONFORTE y PEÑALOSA TORNÉ al observar que “se ha cuestionado que esta circunstancia atenuante pudiera ser discriminatoria y selectiva por cuanto el acusado con mayor capacidad económica podrá, sin grandes esfuerzos, ver atenuada su responsabilidad penal al tener mayores facilidades de pago que otro con dificultades económicas”. (DOMINGO MONFORTE, José y PEÑALOSA TORNÉ, Carlos, *op.cit.* p. 2).

A tal efecto, sorprende la franqueza con la que se expresa la STS 100/2000, de 4 de febrero, cuando al abordar esta cuestión afirma en su Fundamento Jurídico quinto que “La atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria, en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño”. Asimismo, añade que “no es necesaria exclusivamente una actuación indemnizatoria de carácter económico ya que la atenuante pudiera tener entrada en los supuestos en que se produce la restitución de los bienes o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, como la petición de perdón o cualquier otro género (donación de sangre) de satisfacción que, sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el camino de la analogía”. En todo caso, sin una verdadera reparación, real, significativa y relevante (sea total o parcial⁴⁷, o incluso moral o simbólica) no puede apreciarse atenuante alguna, y ello sin perjuicio de que en función de la cantidad de esa reparación el juzgador pueda llegar a apreciar en su caso una atenuante muy cualificada a los efectos del art.66 CP⁴⁸.

De esta manera, cabe señalarse que la reparación, tal y como se ha venido apuntando, presenta un carácter marcadamente flexible, no circunscrito únicamente al pago de una cantidad de dinero. Es más, es esencial destacar que, aparte de la restitución o la reparación de los daños morales, se admite también como atenuante la reparación

En este punto, quisiera matizar que parto de la consideración de que la plutofilia es un fenómeno incardinado en el Derecho penal del amigo, esto es, se trata a mi entender de una manifestación particular de la categoría superior del Derecho penal del amigo. Dicha categoría superior privilegia a ciertos individuos cuando cometen hechos delictivos, ya sea por razón del poder político que ostentan (caso de indultos a políticos, por ejemplo) ya sea por motivos estrictamente patrimoniales (que sería *strictu sensu*, la plutofilia, apreciable en delitos como la regularización tributaria señalada). Recuérdese que *plutos* en griego antiguo significa riqueza, de ahí la imbricación netamente económica del término plutofilia.

⁴⁷ No obstante, ello no implica que cualquier consignación dineraria produzca per se efectos atenuatorios, sino que habrá que valorar las circunstancias concurrentes, manifestándose nuevamente el carácter necesariamente flexible de esta atenuante. A tal efecto, señala MAGRO SERVET que “no se exige que sea la misma que postule la acusación particular o el Ministerio Fiscal-- sí que debe aproximarse al resultado lesivo y dañoso producido en la víctima, ya que, en caso contrario, cualquier consignación a juicio del acusado podría producir el efecto atenuatorio, produciéndose así un abuso de derecho al no tener efecto alguno esa consignación en la víctima si fuera desproporcionada al daño y perjuicio producido” (MAGRO SERVET, Vicente, “Aplicación práctica de la atenuante de reparación del daño causado a la víctima del delito”, *Diario La Ley*, número 6361, 2005, página 10).

Respecto de la eficacia atenuante de la reparación parcial, señala que “cuando el acusado dispone de suficiente capacidad económica para ajustarse más en la cantidad consignada a lo que es realmente el perjuicio causado y las circunstancias permiten determinarlo *a priori*, se desestima en estos casos la estimación de la atenuante”.

⁴⁸ Si bien hay que matizar que la jurisprudencia es restrictiva respecto de esa posibilidad toda vez que ello podría menoscabar la función preventivo-general de la norma penal, exigiendo para ello no solamente la satisfacción del importe íntegro de la cantidad correspondiente sino también la realización de un esfuerzo ímprobo o verdaderamente notable por parte del culpable.

meramente simbólica⁴⁹ a través de un comportamiento activo del culpable como pueda ser la petición de perdón a la víctima o un efectivo intento de reconciliación con esta, siempre que ello resulte proporcionado con la gravedad del delito cometido. Se intenta pues ampliar el concepto de reparación a fin de superar su contenido exclusivamente pecuniario y dinerario (STS 86/2011, de 8 de febrero, Fundamento Jurídico primero).

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA ATENUANTE DE REPARACIÓN

A continuación, se exponen una serie de aspectos particularmente espinosos relativas a la práctica jurisprudencial de la atenuante de reparación del daño.

La cuestión de la reparación a cargo de terceras personas diferentes del propio culpable, fundamentalmente cuando se realiza por parte de copartícipes en el delito que gozan de una posición económica más desahogada (piénsese en el llamado “caso Messi”, en el que el órgano jurisdiccional extendió el efecto atenuante de la reparación del daño, realizada personalmente por el futbolista argentino al devolver el dinero defraudado al Fisco, a su padre, participe en los hechos pero que no realizó esfuerzo ni desembolso alguno⁵⁰). A tal efecto, una cosa es quién realiza el esfuerzo de asumir el coste de la reparación, que debiera ser siempre el culpable, y otra quién ejecute la reparación en sí, que podrá ser un tercero (delegación a tercero)⁵¹ –pero siempre en nombre y por cuenta del anterior– en supuestos de privación de libertad de ese culpable (por hallarse en prisión provisional, por ejemplo). En todo caso, la atenuante debiera extender sus efectos únicamente a quien realice la reparación (con el previo esfuerzo que la misma exige), por sí o por tercero en su nombre en caso de imposibilidad física, pero necesariamente en calidad de beneficiario directo de las consecuencias económicas derivadas del delito por él cometido.

Es más, el propio legislador precisa que la reparación ha de proceder del culpable (“haber procedido el culpable a reparar...”), de modo que con arreglo al clásico principio *in claris non fit interpretatio*, no debería plantearse, más allá de la referida ejecución delegada en caso de imposibilidad física contrastada, la posibilidad de aceptar otra modalidad subjetiva de reparación.

Asimismo, supone una realidad evidente la existencia de una muy estrecha relación entre la atenuante de reparación del daño y la delincuencia contra el orden

⁴⁹ Véanse las STS 216/200, de 19 de febrero y STS 794/2002, de 30 de abril, respectivamente. No obstante, habría que matizar que en ambos casos se trata de una reparación simbólica vinculada con una colaboración activa similar a la prevista en el art 376 CP en relación con los delitos contra la salud pública, especialmente los relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas ex art. 368 CP.

⁵⁰ Véase SAP Barcelona, de 5 de julio de 2018. Véase <https://www.elmundo.es/deportes/futbol/2017/05/24/59256a46468aeb4088b45e2.html> (última consulta realizada el día 07/02/2024).

⁵¹ Y ello sin perjuicio de lo establecido por la STS 35/2020, de 6 de febrero de 2020, en los términos ya referidos *supra*.

socioeconómico (Título XIII del Libro II), en el sentido de que son los llamados delincuentes de cuello blanco, aquellos a quienes favorece precisamente la tendencia plutofílica, los que menos dificultades van a enfrentar a la hora de sufragar, incluso íntegramente, el pago de la cuantía exigida en concepto de reparación. En este punto alerta DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS que “los grandes delincuentes económicos tienen mayores vías de acceso a la aplicación de esta atenuante, dada su apreciación basada en la alta cantidad a reparar y su efectiva reintegración, lo que sin lugar a duda solo es posible para un gran delincuente económico solvente y de alto poder adquisitivo⁵²”.

No obstante, afortunadamente, como se ha apuntado, la jurisprudencia se muestra reacia a reconocer la apreciación de una atenuante muy cualificada de reparación del daño ni siquiera en el supuesto de satisfacción integral de la responsabilidad y aun cuando no concurren circunstancias agravantes (concebidas fundamentalmente para otro tipo de delincuencia muy alejada del perfil propio del delincuente económico de cuello blanco⁵³). Asimismo, cuando se trata de delitos contra bienes jurídicos colectivos cuyo daño no es susceptible de una cuantificación económica suficientemente precisa, es necesario ser aun más escrupuloso en cuanto a las exigencias del principio de proporcionalidad a fin de evitar que mediante el solo pago de una cantidad de dinero se pueda conseguir automáticamente ese efecto atenuador, exigiéndose también una restauración a la situación anterior al delito⁵⁴ u otra forma de reparación no meramente pecuniaria.

En todo caso, interesa denunciar aquí la escasa intervención judicial a la hora de controlar la legalidad del origen de las cantidades aportadas en concepto de reparación del daño⁵⁵, evidenciando uno de los mayores problemas que enfrenta actualmente la atenuante del art. 21.5 CP, cual es que su práctica jurisprudencial ha ido degenerando progresivamente en una rotación de los intereses a satisfacer. Esto es, se ha indicado, y así lo recoge formalmente jurisprudencia consolidada que el fundamento nuclear en

⁵² DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, “Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco”, *Revista Penal*, número 45, 2020, página 27.

⁵³ En este sentido véase ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Corruptos y delincuentes de cuello blanco en España. Un estudio criminológico de sus características, causas y vías de prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

⁵⁴ PUENTE ALBA, Luz María, “La reparación en el marco del Derecho Penal medioambiental”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, 2004, página 641. En este punto, la autora acierta al señalar que “a diferencia de los daños corporales o contra la propiedad, los daños al medio ambiente no pueden ser abordados exclusivamente desde una óptica económica, y por consiguiente la compensación monetaria (la indemnización por daños y perjuicios) siempre será subsidiaria en relación con la reparación “in natura”; además, obviamente lo que interesa no es el pago sin más de una suma de dinero, sino el esfuerzo por devolver el medio ambiente al estado anterior a la producción del daño”.

⁵⁵ Y no es infrecuente que sean activos procedentes de actividades ilícitas o de origen cuanto menos dudoso, que incluso llegan a blanquearse al depositarse, voluntariamente, a disposición de la Administración de Justicia para la reparación del daño. Véase por ejemplo el llamado Caso Noós (STS 277/2018, de 8 de junio).

torno al cual gravita la atenuante es proteger a la víctima con un enfoque victimológico⁵⁶ dirigido a gratificarla y satisfacerla. Sin embargo, la realidad de la práctica forense es tozuda y muestra que a quien realmente se busca satisfacer (de hecho, el código de 1995 eliminó expresamente la anterior referencia a la satisfacción de la víctima) es al Estado, por medio de la Administración de Justicia que ve en una apreciación de la atenuante en términos generales extensiva y aún generosa una manera de agilizar los complejos trámites de condena y abono de la responsabilidad civil.

A mayor abundamiento, la creciente objetivación de la atenuante, inicialmente acogida con optimismo, ha derivado en una suerte de asimilación entre el concepto mucho más amplio de la reparación del daño (que ha de ser voluntaria, libre y personalísima en cuanto al esfuerzo que supone afrontarla que no así a su ejecución) y la responsabilidad civil *ex delicto*, vinculada al mucho más restrictivo ámbito indemnizatorio, económico y dinerario (de carácter imperativa, que es perfectamente delegable en un tercero ajeno al delito con arreglo a las normas que regulan el pago de una deuda por tercero⁵⁷ y que no se limita en sus efectos a la propia víctima del ilícito penal sino que se extiende también al concepto de perjudicado⁵⁸). Es por tanto necesario que por parte de la jurisprudencia y de la doctrina se delimiten con mayor precisión los conceptos de reparación del daño y responsabilidad civil, a fin de evitar una mercantilización⁵⁹ de la circunstancia atenuante que tolere que el culpable consiga automáticamente un notable beneficio penológico simplemente por cumplir, en un momento temporal anterior al inicio del juicio oral con una conducta que le resulta jurídicamente exigible y que por tanto debiera cumplir igualmente.

De esta manera, y aun cuando personalmente considero que la atenuante no es *per se* una manifestación del Derecho Penal del amigo (en la vertiente plitofílica) por cuanto que, y a diferencia de la aludida regularización de la situación tributaria que sola y exclusivamente beneficia a aquellos capaces de evadir más de 120.000 euros por periodo impositivo, no priva de los beneficios punitivos que de ella se derivan a aquellas personas no acomodadas o incluso desfavorecidas o insolventes (toda vez que se han admitido tanto la reparación parcial como incluso la simbólica), ello no puede conducir a un cierto conformismo con el *status quo* vigente al respecto.

Es más, no solamente no cabe el conformismo en este sentido, sino que resulta imperativo acometer una armonización de los criterios jurisprudenciales en la materia a fin de evitar que, sobre todo en instancias inferiores, recaigan pronunciamientos contradictorios respecto de conductas similares. Se debe por ello huir de meros automatismos derivados del pago dinerario, valorándose las circunstancias concurrentes, como la entidad real del daño causado, especialmente cuando se trate

⁵⁶ A tal efecto, conviene recordar aquí la ausencia de una legislación integral en materia de mediación y justicia restaurativa en la jurisdicción penal española, más allá de la referencia a los procesos de menores.

⁵⁷ Véase art. 1158 del Código Civil.

⁵⁸ Recuérdese que el perjudicado es aquel que sufre las consecuencias económicas negativas derivadas del delito y cuya constatación resulta relevante a efectos de determinar la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

⁵⁹ AFONSO CARRACEDO, Adriana Noel, *op. cit.* p. 533.

de delitos contra bienes jurídicos colectivos cuyo perjuicio es de difícil mensuración (delitos contra el patrimonio o contra el medioambiente), a fin de evitar una indeseable mercantilización de esos bienes jurídicos cuya lesión parece ser fácilmente solventada mediante el correspondiente desembolso pecuniario.

Es además preciso reconducir la interpretación de la atenuante hacia una perspectiva más victimológica, en lógica coherencia con el espíritu inicial del código y con el Estatuto de la Víctima del año 2015 para que, en aras de una justicia restaurativa (que posibilite a la víctima que decide no personarse como acusación particular en el proceso penal intervenir a través de la mediación en el debate acerca del contenido y forma de su propia reparación), se logre corregir la actual apreciación utilitarista de la atenuante, supeditada al interés de la Administración de Justicia⁶⁰. Precisamente ante la necesidad de revalorizar el papel de la víctima, conviene avanzar (si bien siempre con las debidas cautelas) por la vía de la reparación simbólica que, como se ha señalado, ha permitido comenzar a romper con la concepción privilegiada que se tiene de la atenuante, haciéndola depender más de la conducta del culpable y de su interés resarcitorio para con la víctima que de consideraciones estrictamente patrimoniales.

Finalmente, resulta perentorio acabar con la confusión imperante en torno al propio concepto de reparación del daño, a fin de evitar su asimilación con la responsabilidad civil en una praxis que no solamente privilegia los intereses del Estado (que, en su afán por conseguir el abono de la responsabilidad civil *ex delicto*, no obra siempre con la diligencia exigible, fundamentalmente en el ámbito de la delincuencia socioeconómica) frente a los de la víctima cuyo bien jurídico ha visto menoscabado, sino que además desdibuja y vacía de contenido una atenuante que, en su inspiración, responde a fundamentos tan necesarios en una política criminal democrática como son (desde la óptica del principio de proporcionalidad) el alivio de la víctima y el estímulo de una conducta rehabilitadora del culpable.

V. A MODO DE CIERRE

Teniendo presente todo lo anteriormente expuesto en estas páginas, considero que la circunstancia atenuante de reparación del daño causado del art. 21.5 CP no se configura *per se* como una manifestación del Derecho Penal de la plutofilia por cuanto no supone necesariamente un favorecimiento injustificado para un determinado tipo de delincuente, social y/o económicamente privilegiado en virtud de una posición acaudalada, en claro detrimento de cualesquiera otra clase de delincuentes (como ocurre con la regularización de la situación tributaria en el delito fiscal). Para alcanzar esta conclusión, caben indicarse los siguientes argumentos sustentadores:

– Una de las características que preside la atenuante de reparación del daño es la flexibilidad que impera en su interpretación jurisprudencial. Dicha flexibilidad se extiende al propio elemento objetivo de la atenuante, puesto que esta no ha de presentar necesariamente un carácter netamente pecuniario ni patrimonial,

⁶⁰ CUENCA GARCÍA, María José, *op.cit.* p. 977.

admitiéndose la reparación simbólica (accesible para cualquier persona, si bien, hay que admitir su carácter lógicamente restrictivo) así como la reparación del daño moral en delitos que no provocan daños materiales *strictu sensu* por no ser delitos patrimoniales, además de la propia restitución de los objetos del delito.

De este modo, la admisión, aunque todavía con carácter residual, de la reparación simbólica, además de resultar en muchas ocasiones más gratificante para la víctima que la monetaria, implica eliminar las barreras económicas y pecuniarias propias de la atenuante, que deja así de contemplarse desde un prisma elitista y estrictamente dinerario (siendo este a mi parecer un argumento de capital importancia a la hora de defender la vigencia de la atenuante, así como su carácter no plutofílico).

– Más allá de la reparación simbólica, los órganos jurisdiccionales admiten además una reparación parcial tendente a la aminoración del daño o perjuicio sufrido por la víctima del delito. Para ello, no obstante, deberá valorarse la capacidad económica real del culpable, en el sentido de que solamente si este prueba satisfactoriamente durante las sesiones del plenario o incluso previamente de manera anticipada su falta de recursos económicos podría reconocerse carácter atenuante a la reparación parcial⁶¹, siempre claro está que se respete una lógica proporcionalidad entre el importe satisfecho y el exigido por el Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas, así como con la propia gravedad del delito cometido y consiguiente entidad del daño causado.

Así, prima más el cómo de la reparación que el cuánto toda vez que se va a valorar fundamentalmente la realización de un esfuerzo económico real, de un sacrificio por parte del culpable (en quien debe concurrir un inequívoco interés resarcitorio) a la hora de reparar su daño, pues “no es asumible que a quien con sacrificio y renuncia repara siquiera parcialmente el daño causado por el delito cometido le sea apreciada la atenuante simple y a quien la reparación total no le ocasiona esfuerzo por su solvencia patrimonial, le sea aplicada la atenuante como muy cualificada⁶²”. En suma, son la voluntad reparadora (la voluntad de restaurar el orden jurídico lesionado) y la plena disponibilidad del culpable de acuerdo con sus posibilidades financieras los elementos en torno a los cuales se hace gravitar cada vez más por parte de la jurisprudencia la apreciación de la atenuante.

Por otra parte, pretender una eventual derogación de esta circunstancia atenuante por fundamentarse, *a priori*, en el caudal económico de los autores de delitos, privilegiando a los delincuentes ricos frente a los pobres, sería perjudicial desde el

⁶¹ Esto es, la reparación parcial ha de tener un carácter excepcional y acorde a las circunstancias concurrentes, por lo que sólo será aceptada por los Tribunales cuando el acusado no pueda llevarla a cabo en su integridad, debiendo probar cumplidamente esta circunstancia en el curso del procedimiento, a fin de no camuflar bajo la apariencia de una reparación parcial o disminución de los efectos del delito, reparaciones meramente simuladas o ficticias. (Véase AFONSO CARRACEDO, Adriana Noel, “La atenuante por reparación del daño”, en SOLETO, Helena y GRANÉ, Aurea, *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, página 524).

⁶² STS 1002/2004, de 16 de septiembre, Fundamento Jurídico segundo.

punto de vista de la fundamentación de la atenuante, ya aludida. Es decir, perjudicaría los intereses de la víctima que han de ser siempre respetados y preservados, pero también la propia posibilidad para el culpable de reconducir su conducta y avanzar en su necesaria resocialización aun antes de recaer contra él sentencia condenatoria, sin perjuicio de que además existen razones de estricta justicia que compelen a ayudar a aquel culpable que realiza un esfuerzo por revertir el daño causado frente al delincuente que manifiesta absoluta indiferencia hacia este.

No obstante, lo anterior no lleva a negar la existencia de deficiencias reales en torno a esta circunstancia atenuante que pueden suponer un peligro, no solamente para una política criminal igualitaria y no discriminatoria, sino también para el correcto funcionamiento del sistema penal vigente y del conjunto del ordenamiento jurídico (del que la igualdad es ex art.1.1CE un valor superior) si bien, hay que precisar que tales deficiencias son más imputables a la interpretación en ocasiones errática que realiza la jurisprudencia menor que a la propia literalidad del precepto penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ABADÍAS SELMA, A.: “Reseña a Terradillos Basoco, Juan María, Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 68, núm. 2, 2020 (pp. 411-419).
- AFONSO CARRACEDO, A.N.: “La atenuante por reparación del daño”, en SOLETO, Helena y GRANÉ, Aurea, *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019 (pp. 517-540).
- ARMENTU DEU, T.: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad. Alemania y España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.
- BENITO SÁNCHEZ, D.: “Aporofobia y delito: la criminalización del top manta”, *Revista Penal*, núm. 48, 2021 (pp. 5-32).
- CUENCA GARCÍA, M.J.: “La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020 (pp. 941-989).
- DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S.: “Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco”, *Revista Penal*, núm. 45, 2020 (pp. 15-32).
- DOMINGO MONFORTE, J. y PEÑALOSA TORNÉ, C.: “La atenuante de reparación del daño. Tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 9615, 2020 (pp. 1-14).
- ESPIGADO GUEDES, D.: “Amnistía fiscal: a propósito de la regularización tributaria como excusa absolutoria en el delito fiscal. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017”, *Diario La Ley*, núm. 9030, 2017 (pp. 1-7).
- ESQUINAS VALVERDE, P.: *Corruptos y delincuentes de cuello blanco en España. Un estudio criminológico de sus características, causas y vías de prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: “Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIII, 2020 (pp. 601-641).
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa”, en *Revista Penal México*, núm. 16-17, 2019-2020 (pp. 63-84).
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en Derecho Penal”, *Revista Penal México*, núm. 20, 2022 (pp. 51-63).
- MAGRO SERVET, V.: “Aplicación práctica de la atenuante de reparación del daño causado a la víctima del delito”, *Diario La Ley*, núm. 6361, 2005 (pp. 1-18).
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.
- MORILLAS CUEVA, L.: “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002 (pp. 1-23).
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 11ª edición, 2022.
- OTERO GONZÁLEZ, P.: “Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, 2022 (pp. 65-92).
- PUENTE ALBA, L.M.: “La reparación en el marco del Derecho Penal medioambiental”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, 2004 (pp. 629-251).
- QUINTERO OLIVARES, G.: La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015 (pp. 77-91).
- ROPERO CARRASCO, J. y ZAMORANO MORENO, P.: “Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal”, *Studia Carande*, vol. 5, 2000 (pp. 115-139).
- ROSELLÓ MONTSERRAT, J.T.: “Mediación penal y circunstancia atenuante de reparación del daño”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 14, 2023 (pp. 1-10).
- SQUELLA NARDUCCI, A.: “Plutofilia y aporofobia”, *Diario El Mercurio*, Santiago de Chile, 31 de mayo de 2019.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch, Barcelona, 2020.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho Penal del amigo. Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, núm. 32, 2013 (pp. 269-295).

EL RÉGIMEN FISCAL DE LA EMPRESA FAMILIAR CON PARTICULAR ANÁLISIS DEL ÁMBITO AUTONÓMICO

The Tax Regime of the Family Business, with a particular regional analysis

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la ULE
Responsable de la Cátedra de Empresa Familiar de la ULE
mtmats@unileon.es

Recibido: 16/07/2024 – Aceptado: 05/09/2024

Resumen

En el presente trabajo se analiza el Régimen fiscal de las Empresas Familiares y la problemática que suscita el cumplimiento de los requisitos exigibles por el ordenamiento fiscal para aplicar el mismo a estas entidades, tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico; se evidencia la competencia fiscal que se produce entre las diferentes Comunidades autónomas a fecha de 2024 en el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones así como la incidencia que ha tenido la aprobación del nuevo Impuesto Temporal sobre la Solidaridad de las Grandes Fortunas.

■ Palabras clave:

Empresa familiar; Régimen fiscal de las Empresas familiares; Beneficios fiscales; Impuesto sobre la Solidaridad de las Grandes Fortunas

■ Keywords:

Family business; Tax regime for family businesses; Fiscal benefits; Tax on the Solidarity of Great Fortunes

Temporary Tax on the Solidarity of the Great Fortunes.

Abstract

This research analyzes the Tax Regime of Family Businesses and the problems raised by compliance with the requirements of the tax system to apply the same to these entities, both at the state and regional level; The tax competition that occurs between the different Autonomous Communities as of 2024 is evident in the Wealth Tax and the Inheritance and Donation Tax, as well as the impact that the approval of the new

I. Consideraciones previas – II. Requisitos exigibles para aplicar el régimen de la empresa familiar – III. Beneficios fiscales a las empresas familiares en la normativa estatal: 1. Exención en el Impuesto sobre el Patrimonio: A. La irrupción del Impuesto Temporal de Solidaridad a las Grandes Fortunas; 2. Reducción del 95% en la base imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones; 3. No sujeción en el IRPF de la ganancia patrimonial en los casos de donación de la empresa familiar – IV. Los beneficios fiscales aplicados en el ámbito autonómico: 1. Beneficios fiscales de las Comunidades en el IP; 2. Beneficios fiscales de las Comunidades en el ISD – V. Reflexiones finales – Bibliografía

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es una realidad sabida que las denominadas “Empresas familiares” –el 90% de las entidades empresariales actuales en nuestro país¹– constituyen un verdadero motor de la economía productiva y de la generación de riqueza y empleo, dependiendo de ellas no solo otras empresas, sino, en algunas regiones especialmente asoladas por la despoblación, núcleos urbanos o rurales completos que difícilmente sobrevivirían sin la existencia de este tipo de entidades familiares².

Se entiende por Empresa familiar aquella en la que la mayoría de las acciones con derecho a voto, directo o indirecto, son propiedad de la familia que fundó la compañía y al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía³; en otras palabras, y atendiendo a lo establecido en la Resolución del

¹ En España, prácticamente el 90% son Empresas Familiares (1,1, millones) que generan el 57,1 % del Producto Interior Bruto del sector privado y crean más de 6,5 millones de empleos (el 67,5% del empleo privado). Así lo reconoce la institución que las representa a nivel estatal, el Instituto de Empresa familiar (IEF) en INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR (IEF): *Mapa autonómico de la fiscalidad de la Empresa Familia*, 2024. <https://www.iefamiliar.com>

² Sin ir más lejos, y siguiendo la misma fuente el IEF, tenemos el ejemplo de Castilla y León, Región en la que la Empresa Familiar tiene una especial importancia- llegando a ser el 90,3% de sus empresas y el 66,2% de su PIB siendo el pilar fundamental de la actividad económica.

³ La Unión Europea muestra una importancia creciente por las Empresas familiares, siendo buena prueba de ello son los documentos que desde 1994 se dictan sobre PYMES, por ejemplo la Recomendación de 7 de diciembre de 1994, en la que se hace mención de un modo particular a las Empresas familiares: (LCEur 1994, 5465) así como el Borrador de Proposición de Directiva CEE sobre la Empresa familiar- Recomendación 1994/1069/CE, de 7 de diciembre, sobre "Transmisión de las Pequeñas y Medianas Empresas" («DOCE» núm. 385, de 31 de diciembre de 1994). Igualmente, la Recomendación 96/280/CE, de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas, se refiere al carácter familiar que suelen tener las medianas empresas («DOCE» núm. L 107, de 30/04/1996) o el *Informe final del Grupo de Expertos sobre la transmisión de Pequeñas y Medianas Empresas* de mayo de 2002, que no definen la Empresa familiar. Por ello, en 2007 se formó un grupo de trabajo orientado a discutir los problemas de este tipo de empresas en el Mercado Único. La Comisión reconocía, así, la necesidad de avanzar en la identificación de las Empresas familiares como entidades con características y peculiaridades propias. Las conclusiones del grupo de trabajo se recogieron en un informe final denominado *Final Report of the experts Group overview of family business relevant issues* de Noviembre de 2009 (Disponible en https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes/sme-fundamentals/family-business_en) en el que se esbozaba una primera definición de Empresa familiar que, con el tiempo, fue asumida por las Instituciones europeas y recogida en su página web. Todo este proceso culmina en la Resolución del Parlamento Europeo que aprueba el Informe A8-0223/2015 de 8 de septiembre de 2015 sobre las *Empresas Familiares en Europa* (Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0290_ES.html) en el que se destaca la importancia de las Empresas familiares en las economías comunitarias, se reconocen sus valores y características articulares, independientemente de su tamaño, y se pone el énfasis en la resolución de sus desafíos para el futuro, evidenciando la necesidad de proteger el mantenimiento y la transmisión de este tipo de empresas como garantes de riqueza y empleo en los territorios en los que operan, (Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La empresa familiar. su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra PRASA de Empresa Familiar*, Núm. 14, 2012, págs. 15 y ss.).

Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015⁴, sobre las Empresas familiares en Europa, una Empresa familiar sería aquella en la que una o más familias ejercen el control de la propiedad y gobierno de esta, participando también en su gestión⁵. Por su parte, el legislador español nos ofrece un concepto parecido al hilo de la regulación de los Protocolos familiares⁶ señalando que la Empresa familiar sería “aquella en la que la propiedad o el poder de decisión pertenece, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”⁷.

Las Empresas familiares tienen como parte de su visión estratégica que las siguientes generaciones den continuidad a su actividad⁸, cuestión nada fácil⁹ pero muy deseable, lo que ha hecho que las diferentes Administraciones –estatal y autonómicas– hayan llegado a un claro consenso acerca de la necesidad de defender a esta institución; por ende, siguiendo las indicaciones de las Instituciones europeas, se preocupan por proteger su sucesión a todos los niveles. Ello ha motivado que la Empresa familiar tenga un funcionamiento y una regulación propios, destacando en esa singularidad el ámbito fiscal¹⁰.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo que aprueba el *Informe A8-0223/2015 de 8 de septiembre de 2015 sobre las Empresas Familiares en Europa* (Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0290_ES.html) citada en la nota anterior.

⁵ Las Empresas familiares se consideran una tipología de la categoría más general de las PYMES por DELGADO GARCIA A.M.: “Aspectos fiscales de las PYME”, *Quincena Fiscal*, Núm. 7, 2024, BIB 2024\456.

⁶ En la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. «BOE» Núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

⁷ Al hilo de este concepto VAQUERA GARCÍA destaca tres conclusiones en relación con las Empresas familiares: la primera, que no existe una regulación específica ni un régimen especial tributario para la empresa familiar; la segunda, que la normativa fiscal contiene distintas disposiciones que están dirigidas, con carácter general, a una actividad económica en la que se incluye un importante elemento de carácter familiar; y, la tercera, que el elemento familiar puede encontrarse en diversas manifestaciones, siendo las más habituales la colaboración de familiares en el desempeño de la actividad (como trabajadores o a través de la realización de funciones de dirección) y su participación en el patrimonio o en los bienes afectos a dicha actividad económica (Cfr. VAQUERA GARCÍA, A.: *Régimen tributario de la empresa familiar*. Madrid: Dykinson, 2004, pág. 21 y ss.).

⁸ De hecho, esta característica ha servido para definir la Empresa familiar por algunos autores que señalan que una Empresa familiar es aquella en la que la propiedad y/o la dirección de la empresa se encuentran en manos de una familia que tienen vocación de continuidad, ya que desean que la empresa continúe en un futuro en manos de sus descendientes. (Cfr. BARROSO, A.; SANGUINO, R.; BAÑEGIL, T.: “Diferentes criterios del concepto de empresa familiar. Una aportación desde Extremadura, España”. *Ide@s Concyteg*, Núm. 7, 2012, págs. 611-622).

⁹ Sobre la dificultad de su continuidad puede verse PÉREZ, A. y GISBERT, V.: *Problemáticas en la sucesión de la Empresa familiar*. 3C Empresa, Investigación y pensamiento crítico, 2012, págs. 25-36.

¹⁰ Del que se ocupan con carácter general, entre otros: DE AGUIAR, E.: *Beneficios fiscales en la Empresa familiar: Patrimonio y Sucesiones*, La Caixa, Barcelona, 1998; CAYÓN GALIARDO, A.: “La Empresa familiar como objeto de protección en nuestro derecho interno y comparado”, *La fiscalidad de la Empresa familiar*. Monografías AEDAF, Núm.15, 2000; VAQUERA GARCÍA, A.: *Régimen tributario de la Empresa familiar*, ob., cit.; CALVO VERGEZ, J.: *Régimen fiscal de la Empresa familiar*, Thomson-Aranzadi, 2006; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ,

Porque entre las medidas que se han llevado a cabo para favorecer a la empresa familiar está la de aligerar en lo posible la carga fiscal de las familias empresarias con la voluntad de permitir salvaguardar sus activos, el crecimiento de estas empresas y su continuidad en el seno de la familia por varias generaciones. Para conseguirlo, la legislación española prevé, desde la década de los noventa, un importante conjunto de incentivos fiscales conocidos como el “Régimen Fiscal de la Empresa Familiar” al que pretendemos dedicar este trabajo.

Este marco fiscal de la Empresa familiar se concentra fundamentalmente en dos impuestos directos estatales: el Impuesto de Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que establecen diferentes beneficios fiscales en su normativa estatal –que después se aumentan por muchas Comunidades autónomas– para salvaguardar los activos productivos de las Empresas familiares con el fin de facilitar la continuidad de estos proyectos empresariales por parte de las siguientes generaciones.

La normativa que se aplica a la Empresa familiar cuenta, además, con un amplio consenso político que se remonta a mediados de los años noventa en España, década en la que ya el legislador fue consciente de la necesidad de apoyar a las Empresas familiares como base de la economía española y como polo indispensable en su desarrollo; de ahí, la voluntad de nuestro legislador de evitar que estas empresas desaparezcan debido a su importancia y al relevante papel que juegan en la creación y mantenimiento del empleo.

Tempranamente, CAYÓN GALIARDO¹¹ se preocupa de fundamentar la posibilidad de establecer beneficios fiscales en favor de la Empresa familiar apoyándolo en ciertos valores constitucionales como “*el empleo y la iniciativa económica privada, la diferencia de capacidad económica de este tipo de empresas con respecto al resto*”, a los que se añaden otros principios constitucionales reconocidos como son la familia (artículo 39 de la Constitución Española (en adelante, CE) o la libertad de empresa en el marco de la libertad de mercado (artículo 38 CE).

El Estado toma buena nota de esta posibilidad articulando los actuales beneficios fiscales aplicables a la Empresa familiar que en España están pensados no tanto para la empresa como para el autónomo que desarrolla la actividad empresarial o, en su caso, para los socios de las entidades en caso de que la actividad se realice a través de un modelo societario. Estos beneficios fiscales que se concentran en los impuestos

J.: *Cuestiones tributarias de la Empresa familiar*. Marcial Pons, Madrid, 2006; COLAO MARÍN, P. A.: “El tratamiento de la Empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio I”, *Revista Impuestos*, Núm. 5, 2007; LUCHENA MOZO, G.M.: *Fiscalidad de la Empresa familiar*, Atelier, Barcelona, 2007; CADENAS OSUNA, D. *La transmisión mortis causa de la empresa familia. Análisis de la reducción de la base imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*. Madrid, Ed. Dykinson, 2020; DE JUAN CASADEVALL, J.: *El Estatuto fiscal de la Empresa familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021; PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.: *La Empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, 4.ª edición, CISS, Las Rozas (Madrid), 2022, entre otros trabajos.

¹¹ Cfr. CAYÓN GALIARDO, A. “La Empresa familiar como objeto de protección de nuestro Derecho interno y comparado”, en la obra colectiva: *La Fiscalidad de la Empresa Familiar*, ya citada, págs. 39 y ss.

directos –en concreto en el Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Así, en el Impuesto del Patrimonio se reconoce una exención para determinados activos productivos, como las participaciones en Empresas familiares, de acuerdo con ciertos límites impuestos por el legislador que analizaremos en el epígrafe correspondiente. En el caso del Impuesto de Sucesiones y Donaciones¹² se establece una reducción estatal en la base imponible del 95% de todos aquellos bienes afectos a la actividad empresarial con la que se quiere potenciar la continuidad de la Empresa Familiar¹³ ya sea por fallecimiento, ya por donación del empresario a sus descendientes.

Este marco fiscal establecido por el Estado supone que los bienes afectos a actividades económicas de la Empresa familiar gocen de un tratamiento fiscal diferenciado y armonizado en todas las Comunidades autónomas que les permite competir internacionalmente en condiciones similares, lo que facilita la permanencia de estas empresas en España.

No obstante, y como veremos luego, esas mismas Comunidades autónomas introducen, con su capacidad normativa, diferencias notables en el tratamiento de estas Empresas familiares. Veremos en su momento cómo dichas diferencias, aunque son importantes en lo que se refiere a la sucesión o donación de los activos productivos de las Empresas familiares aumentan más si cabe cuando entran en juego activos no productivos, es decir, activos no vinculados a las Empresas familiares y que, por ende, no se ven favorecidos por los beneficios propios del Régimen Fiscal de la Empresa Familiar. Respecto a estos últimos se producen importantes diferencias entre los distintos territorios dado que no existe un marco de exenciones y reducciones fiscales común en todas las Comunidades autónomas que además utilizan su potestad normativa para marcar diferencias y, en su lógica incontestable, generar ventajas fiscales de toda índole para que estas empresas se asienten en sus territorios. El ejemplo de la bonificación de la cuota al 100% que hasta fechas recientes tenía alguna Comunidad autónoma, es el más claro ejemplo de ello.

La aprobación del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (ITSGF)¹⁴ parece un intento claro de corregir estas tensiones por parte del Gobierno de España

¹² Hay una serie de Países en los que no existe este impuesto o bien su carga es muy reducida, en concreto, Australia, Austria, Canadá, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Malta, Méjico, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia. En Islandia, Israel, India y China I (solo donaciones) y en Lituania (solo sucesiones). En el supuesto de Rusia, Dinamarca, Grecia y Luxemburgo se aplican tipos reducidos y en Hungría, Polonia y Suiza se contempla una excepción para cónyuge e hijos; en Croacia la excepción se aplica al cónyuge e hijos y no hay impuesto en acciones de sociedad limitada); por último, en Estados Unidos (según Estado). En INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR (IEF): *Mapa autonómico de la fiscalidad de la Empresa Familia*, 2024. <https://www.iefamiliar.com>

¹³ Junto con España Alemania, Bélgica, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Israel, Corea del Sur, Japón y Marruecos. Tienen el ISD pero apoyan claramente a la Empresa Familiar con un régimen fiscal más beneficioso. (*Ídem*).

¹⁴ Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que

mediante este nuevo impuesto estatal, complementario del IP que afecta a los contribuyentes con un patrimonio neto superior a 3 millones de euros. La aprobación de esta figura no ha tensionado la posición de las Empresas familiares que si cumplen los requisitos exigidos en la normativa fiscal podrán aplicar los mismos beneficios fiscales de los que disponen hasta la fecha. No obstante, si puede tensionar a otros tipos de contribuyentes de este impuesto obligándoles a reflexionar acerca de si resulta conveniente su conversión en una Empresa familiar para garantizarse un trato fiscal más ventajoso.

II. REQUISITOS EXIGIBLES PARA APLICAR EL RÉGIMEN DE LA EMPRESA FAMILIAR

Para que los miembros de la familia empresaria puedan aplicar este régimen fiscal favorable, resulta de especial importancia que la empresa se pueda calificar a efectos fiscales como “Empresa familiar” para lo que se requiere el cumplimiento de exigentes requisitos previstos en la legislación fiscal española¹⁵.

Destaca el hecho de que se trate de un régimen que depende de tres regulaciones distintas: la del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), la del Impuesto sobre el Patrimonio (IP) y la del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que generan lo que se ha denominado “una cadena normativa...de aplicación *entreverada*”¹⁶ no exenta de problemas que se centran sobre todo en el alcance de la interconexión de estos tres impuestos en la medida que, por ejemplo, el incumplimiento de los requisitos exigibles por el ISD para beneficiarse de la reducción por parte de los donatarios de la Empresa familiar va a repercutir claramente en la plusvalía del donante en su IRPF, generando la posible tributación por ésta última; éste y otros problemas están generando no poca litigiosidad en este ámbito¹⁷.

se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias. «BOE» núm.311, de 28 de diciembre de 2022.

¹⁵ En concreto, en el artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante LIP) «BOE» núm.136, de 17 de junio de 1991– introducido por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre («BOE» núm.313 de 31 de diciembre de 1993)- que en fecha temprana siembra la semilla de este régimen fiscal beneficioso que pretende favorecer la transmisión generacional de la Empresa familiar.

Poco tiempo después, los beneficios se extendieron al ámbito del ISD, en parte gracias al impulso comunitario que supuso la Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, ya mencionada, por la que se incorpora la reducción del 95% para las sucesiones *mortis causa* de Empresas familiares (actualmente regulada en el art. 20.2c) ex mandato del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica que meses más tarde se amplió a las donaciones por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que introduce el art. 20.6 de la LISD.

¹⁶ Así de gráfica es la definición de GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 13/202724 parte Estudios. BIB 2024\865.

¹⁷ Precisamente el trabajo de GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar”, citado en la nota anterior analiza los motivos más recientes de esta litigiosidad.

Hecha esta advertencia, vamos a identificar los requisitos exigibles a las Empresas familiares:

PRIMERO: que la entidad, sea o no societaria¹⁸, desarrolle una actividad económica y no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario¹⁹.

¹⁸ Explica GIL MACÍA que se distinguen dos tipos de Empresas familiares:

La primera es la empresa «personal», esto es, cuando el empresario desarrolla la actividad económica sin adoptar una forma mercantil. Los beneficios fiscales operan sobre el conjunto de los bienes y derechos necesarios para desarrollarla. El marco fiscal se concreta con la exención en el IP del valor de dichos bienes y derechos, con la no sujeción en el IRPF de las ganancias patrimoniales que afloran al transmitirlos y con la reducción del 95% que puedan aplicar sus familiares en el ISD al recibirlos por herencia o donación. Para ello deben cumplirse los requisitos que establece el artículo 4.8.1 de la LIP, que se analizan en el texto.

La segunda es la empresa «mercantil», esto es, cuando el empresario desarrolla la actividad por medio de una sociedad. Los beneficios fiscales operan sobre las participaciones que el empresario tiene de la misma. El marco fiscal se concreta con la exención en el IP del valor de dichas participaciones, con la no sujeción en el IRPF de las ganancias patrimoniales que afloran al transmitirlos y con la reducción del 95% que pueden aplicar sus familiares en el ISD cuando las reciban por herencia o donación. Para ello deben cumplirse los mismos requisitos que establece la LIP y que se resumen en que la sociedad debe desarrollar una actividad económica y que el empresario debe participar, al menos, en un 5% o en un 20% junto con sus familiares. (Cfr. GIL MACÍA, L.: “Principales deficiencias del marco fiscal de la empresa familiar: una reforma necesaria”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 20, 2018 parte Estudios, BIB 2018\13659).

En todo caso, con esta expresión que se repite a lo largo del Real Decreto 1704/1999 en opinión de DE JUAN CASADEVALL se daría cobertura tanto a sociedades personalistas como a sociedades capitalistas, porque la aparente restricción intelectual que supone aludir a la “*la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad* (art. 4. Ocho.Dos b) LIP), se despeja reglamentariamente en el artículo 4.1 del RD 1704/1999, a cuyo tenor “*se entenderá por participación la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad*”. Añade este autor que también puede tratarse de una sociedad cotizada, entendiendo por tal, aquella sociedad anónima cuyos valores representados por acciones están admitidos a negociación en un mercado de valores. Con esta amplitud conceptual, la titularidad, nuda o usufructuaria, debe recaer sobre entidad, societaria o no, que “*no tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario*”. El legislador sólo admite las sociedades operativas, deja fuera de su ámbito objetivo las que obtienen rentas pasivas, y nos proporciona una interpretación auténtica de qué debe entenderse por entidades gestoras de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, aclarando que: “*se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes: que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas*” (Cfr. DE JUAN CASADEVALL, J.: “El concepto jurídico-tributario de Empresa Familiar”, *El Estatuto fiscal de la Empresa Familiar.*, Monografías, Aranzadi, 2021, BIB 2021/4839).

¹⁹ Se entiende que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

- Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores
- Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.

Existe una regulación específica que afecta a las entidades cuya actividad principal sea el arrendamiento de inmuebles a las que se exige que al menos dispongan de una persona contratada a jornada completa²⁰ y a las sociedades “holding” a las que se pide que ostenten participaciones superiores al 5% en otras entidades y cuenten con medios para la gestión de las participaciones²¹. Estos requisitos se exigen de forma rigurosa la Administración tributaria y dependiendo de su cumplimiento o no la sociedad quedaría excluida de las ventajas fiscales del régimen de la Empresa familiar.

SEGUNDO: que la participación del socio que pretende acceder a este beneficio fiscal en el capital de la entidad sea al menos del 5% individualmente o del 20% su “grupo familiar”²²; éste último normalmente está compuesto por su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado para el IP y del tercer grado para aplicar la bonificación en el ISD (si bien algunas Comunidades autónomas lo han cambiado como luego veremos).

TERCERO: que alguno de los miembros del grupo familiar ejerza funciones de dirección en la sociedad y obtenga por ellas una remuneración que represente más de la mitad de sus rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal²³.

En todo caso, dichas funciones deben suponer una efectiva intervención en las decisiones que toma la Empresa familiar. Lo relevante es esa intervención efectiva,

²⁰ Debe que cumplirse, como comentaremos en el texto, lo dispuesto en el artículo 27.2 la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («BOE» núm. 285 de 29 de noviembre de 2006), (en adelante, LIRPF) que ha suprimido uno de los requisitos que se requerían en el artículo 25.2 de la Ley 40/1998, del IRPF para considerar el arrendamiento inmobiliario como una actividad empresarial o profesional, en concreto, ha eliminado la necesidad de contar con un local afecto exclusivamente a la gestión de dicha actividad; dejando vivo únicamente el de una contratación laboral específica; es decir, «cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa. Sobre la problemática que se genera con este tipo de actividad puede verse GIL MACÍA, L.: “Principales deficiencias del marco fiscal de la empresa familiar: una reforma necesaria”, ob., cit., BIB 2018\13659).

²¹ Sobre la problemática de los holdings y las sociedades pantalla remitimos a GIL MACÍA, L.: “Principales deficiencias del marco fiscal de la empresa familiar: una reforma necesaria”, ya citado, BIB 2018\13659

²² Hay que tener en cuenta que estos porcentajes son inferiores a los considerados por la Comisión Europea en la definición de Empresa familiar, que asciende al 50%, y al 25% en el caso de las empresas cotizadas.

²³ Cada vez más se detecta que en las Empresas familiares de cierto tamaño y de avanzadas generaciones, los propietarios se inhíben de estar en la gestión (dirección ejecutiva) prefiriendo pasar a ocupar un papel importante en el Consejo de Administración lo que se ha denominado como “los dos sombreros” entendiéndose que no es posible estar en lo ejecutivo y en el control a los ejecutivos. Se trata además de una recomendación avalada por los expertos que favorece la profesionalización de la Empresa familiar sin perder de vista la necesidad de cumplir este requisito de que algún miembro de la familia con un determinado porcentaje de participación permanezca en la gestión de la empresa y obtenga un determinado nivel de rendimientos por ello.

no siendo necesario que la persona que cumpla con ese requisito coincida con el administrador de la empresa²⁴.

Se trata de un requisito muy polémico en ocasiones por la ambigüedad del término “*funciones de dirección*” y las interpretaciones que al respecto ha dado la doctrina y jurisprudencia. Se consideran funciones de dirección, que deberán acreditarse fehacientemente mediante el correspondiente contrato o nombramiento. Conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, a título ejemplificativo²⁵, los cargos de Presidente, Director General, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa. Lo relevante no es tanto la denominación del cargo, sino que dicho cargo implique funciones de administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización, aunque sea a través de un Departamento y no de la alta dirección²⁶.

En todo caso basta que una de las personas del grupo de parentesco ejerza funciones directivas²⁷ para que los beneficios fiscales se apliquen a todos los miembros del grupo; además, el miembro de la familia que ejerce esas funciones no tiene por qué ser socio.

III. BENEFICIOS FISCALES A LAS EMPRESAS FAMILIARES EN LA NORMATIVA ESTATAL

Cumplíndose los requisitos expuestos el legislador estatal permitirá que se apliquen los siguientes beneficios fiscales en el ámbito de los impuestos estatales²⁸, en particular el IP, el ISD y el IRPF.

²⁴ Criterio sentado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de enero de recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2316/2015. (ECLI:ES: TS 2016\15).

²⁵ Cfr. CAAMAÑO ANIDO, M.A: “La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y la retribución de los administradores”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 8, 2011, pág. 26.

²⁶ Cfr. SÁNCHEZ MANZANO, J. D.: “La reducción por adquisición de empresa en el Impuesto sobre Donaciones. Un análisis del foco interpretativo predominante y la irrelevancia práctica en su terreno de la teoría del vínculo en contraste con lo que acaece en el Impuesto sobre sociedades”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 19, 2020, BIB 2020\36637.

²⁷ Si una misma persona es directamente titular de participaciones en varias entidades en las cuales concurren los requisitos y condiciones citados en el texto, el cómputo del porcentaje del 50 por 100 se efectuará de forma separada respecto de cada una de dichas entidades.

²⁸ También las Empresas familiares pueden beneficiarse puntualmente de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, de bonificaciones en el Impuesto de Sociedades, deducciones por inversiones en determinados ámbitos o beneficios en el ITPAJD por la adquisición de inmuebles.

1. Exención en el Impuesto sobre el Patrimonio²⁹

La exención en el IP afecta al patrimonio empresarial o profesional del titular de la Empresa familiar³⁰ e incluye los bienes y derechos necesarios para el desarrollo de su actividad económica, empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el contribuyente³¹ y constituya su principal fuente de renta.

²⁹ Este impuesto que se regula en la Ley 19/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre el Patrimonio, ya citada, y fue materialmente exigible hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre («BOE» núm.310, de 25 de diciembre de 2008). Esta norma, sin derogarlo, eliminó la obligación efectiva de contribuir por el IP con la utilización de la técnica de la bonificación íntegra que evitaba la supresión, lo que resultó muy criticado por algunos autores como F. ESCRIBANO LÓPEZ que llegó a hablar de *“un impuesto muerto con apariencia de vida: el primer impuesto zombie de nuestro sistema tributario”*. (AAVV: *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*. Editorial Tecnos. Madrid 2010, pág. 560). Por su parte el Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, («BOE» núm.224, de 17 de septiembre de 2008) restableció el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal, ya que se contemplaba exclusivamente en 2011 y 2012. La Ley 16/2012, de 27 de diciembre («BOE» núm.312, de 28 de diciembre de 2012), prorrogó su vigencia durante el ejercicio 2013. La Ley 22/2013, de 23 de diciembre de PGE para el año 2014 prorrogó su exigencia durante 2014. La Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado («BOE» núm.15, de 30 de diciembre de 2014) prorrogó su vigencia durante 2015. La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 («BOE» núm.260, de 30 de octubre de 2015) prorrogó su vigencia durante 2016. El Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, («BOE» núm.292, de 3 de diciembre de 2016) prorrogó su vigencia para el periodo impositivo 2017. La Ley 6/2018 de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para 2018 («BOE» núm.161 de 4 de julio de 2018) prorrogó su vigencia para el período impositivo 2018. Para el ejercicio 2019, la prórroga se estableció en el Real Decreto-ley 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral («BOE» núm.314, de 29 de diciembre). El Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de seguridad social («BOE» núm.312, de 28 de diciembre) extendió el mantenimiento de este gravamen para el ejercicio 2020 y la disposición derogatoria primera de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 («BOE» núm.341 de 31 de diciembre) derogó el art. único.2º del Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por lo que desde 2021 el Impuesto de Patrimonio tiene vigencia indefinida. La Comisión de Expertos para la reforma del Sistema Tributario (2014) propuso su supresión siguiendo la tendencia que se aprecia en otros países.

³⁰ Se regula en el artículo 4 LIP en relación con los artículos 1 a 3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE, núm. 266, de 7 de noviembre de 1999), complementado por el Real Decreto 25/2000, de 14 de enero, por el que se concretan los requisitos y condiciones de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE, núm. 13, de 15 de enero del 2000).

³¹ Lo que no es incompatible con que se haya delegado determinados aspectos del ejercicio («de la llevanza») de la actividad económica en terceras personas (nombramiento de gerentes, encargados, directores generales e, inclusive, podría amparar casos de representación legal en situaciones reconocidas legalmente en las que la capacidad de obrar se encuentre limitada); siempre que se mantenga por parte del interesado cuanto menos la

En definitiva y desarrollando lo expuesto, la aplicación de la exención está condicionada a que en la fecha de devengo del impuesto (31 de diciembre) se cumplan los siguientes requisitos por parte del contribuyente³²:

Primero: que los bienes y derechos estén afectos³³ al desarrollo de una actividad económica, empresarial o profesional³⁴, en los términos del artículo 29 de la Ley del IRPF y del artículo 22 del Reglamento del mismo impuesto (RIRPF), lo que requiere:

- que los elementos patrimoniales sean necesarios para el ejercicio de la actividad³⁵;
- que se utilicen exclusivamente en el desarrollo de la actividad económica, no quedando incluidos los elementos patrimoniales que se destinen simultáneamente para actividad económicas y necesidades privadas, salvo que la utilización para estas últimas sea accesoria y notoriamente irrelevante.

dirección de la llevanza del negocio familiar. Lógicamente esto puede plantear problemas de acreditación como apunta DE JUAN CASADEVALL, J.: “La exención de empresa familiar en el Impuesto sobre el patrimonio: el empresario individual”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Núm. 190, 2021, págs. 37 y ss.). De hecho, la Consulta vinculante núm. V5119/2016, de 28 de noviembre reconoce expresamente, que en la donación de las participaciones de una comunidad de bienes que viene explotando la actividad de farmacia en cuanto que el donante, en cuanto comunero, tendrá derecho a la exención siempre que la actividad de farmacia constituya su principal fuente de renta, sin que ello impida el la aplicación de la reducción en los términos previstos en el artículo 20.6 de la Ley 29/1987, entre ellos el del mantenimiento del derecho a la exención en el impuesto patrimonial durante el plazo establecido por la Ley por parte de la donatarias.

³² En el supuesto de menores de edad o incapacitados que sean titulares de los elementos patrimoniales afectos, estos requisitos se considerarán cumplidos cuando se ajusten a los mismos sus representantes legales.

³³ Destaca la discordancia entre la LIP que habla de “bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional” y su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1704/1999 que concreta que se trata de “bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional” El principio de jerarquía normativa parece demandar que prevalezca el primero de los adjetivos.

³⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo núm15/2022, de 10 de enero, admite la afectación de los activos financieros necesarios para el ejercicio de la actividad no sólo para satisfacer las necesidades de liquidez de las empresas, sino también, de forma más general, para otros fines como los de capitalización, solvencia o acceso al crédito. Esta sentencia se comenta en el trabajo de MONTESINOS OLTRA, S.: “La afectación de activos financieros a efectos del régimen fiscal de la empresa familiar: un enfoque discutible del Tribunal Supremo” *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 12, 2023 parte Estudios BIB 2023\1576.

³⁵ Entre los elementos patrimoniales afectos a la actividad se encuentran, conforme a lo dispuesto en los mismos preceptos:

- los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.
- los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad sin considerarse afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica.
- cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos sin que tengan esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.

Además, cuando se trate de elementos patrimoniales que sirvan sólo parcialmente al objeto de la actividad económica, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate. En ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles³⁶.

La consideración de elementos patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de éstos, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges. La exención alcanza a los bienes y derechos necesarios para el ejercicio de la actividad como autónomo si su titularidad es compartida con el cónyuge siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos por la Ley. Por ello la planificación para el cumplimiento de los requisitos del régimen puede suponer un beneficio no sólo para el propio autónomo sino también para su cónyuge reduciendo aún más la carga fiscal asociada a la titularidad de la actividad.

En el caso de que la actividad se trate de arrendamiento de inmuebles se considera que constituye actividad económica cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 27.2 Ley del IRPF, esto es, como aclaramos antes, que para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

Segundo: que la actividad económica, empresarial o profesional, a la que dichos bienes y derechos estén afectos, se ejerza de forma habitual, personal y directa por el contribuyente titular de los mismos³⁷.

Tercero: que la actividad económica, empresarial o profesional, constituya la principal fuente de renta del contribuyente; en otras palabras, que *“el empresario debe ganarse la vida con su actividad empresarial y no con otros menesteres”*³⁸.

Se entenderá que la actividad empresarial o profesional constituye la principal fuente de renta cuando, al menos, el 50 por 100 del importe de la base imponible general y del ahorro del IRPF del contribuyente, provenga de rendimientos netos de las

³⁶ El Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de julio de 2015 asienta que, una vez cumplidos los requisitos de acceso al régimen de Empresa Familiar, los incentivos fiscales sólo se pueden aplicar sobre el valor de la Empresa familiar que se corresponda con activos necesarios para el ejercicio de la actividad económica y minorados en el importe de las deudas derivadas de ellas y el mismo criterio se sigue en ISD.

³⁷ Respecto a las actividades empresariales y profesionales a efectos de la exención, según señala el art. 1.1 Real Decreto 1704/1999, han de considerarse como tales *“aquellas que tengan la naturaleza de actividades económicas con arreglo a las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF)”*, estableciéndose que *“se consideraran rendimientos íntegros de actividades económicas aquellas que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios”* (art. 27.1 LIRPF).

³⁸ Cfr. GIL MACÍA, L.: “Principales deficiencias del marco fiscal de la empresa familiar: una reforma necesaria”, ob., cit., BIB 2018\13659) este autor identifica alguno de los problemas que provoca este requisito por ejemplo en los casos en los que los empresarios tengan pérdidas o ejerzan varias actividades.

actividades empresariales o profesionales de que se trate³⁹. A efectos del cálculo de la principal fuente de renta, no se computarán las remuneraciones por las funciones de dirección que se ejerzan en las entidades de las que, en su caso, se posean participaciones exentas de este impuesto, ni cualesquiera otras remuneraciones que traigan causa de la participación del sujeto pasivo en dichas entidades.

En los casos de transmisiones lucrativas de participaciones de Empresa familiar, para aplicar la exención del IP, se requiere comparar la remuneración percibida por el sujeto pasivo con la suma algebraica de la totalidad de los rendimientos netos reducidos del trabajo y de actividades empresariales y profesionales.

Además, cuando un mismo contribuyente ejerza dos o más actividades empresariales o profesionales de forma habitual, personal y directa, la exención alcanzará a todos los bienes y derechos afectos a las mismas, considerándose que la principal fuente de renta viene determinada por el conjunto de los rendimientos empresariales o profesionales de todas ellas. Este último requisito es especialmente importante ya que la normativa fiscal prevé escenarios que permiten compatibilizar la aplicación del régimen de Empresa familiar a la actividad como autónomo, con la aplicación del mismo a sociedades familiares en las que el autónomo participe y de las que obtenga remuneración. Por ello se hace aún más importante una adecuada planificación en estos casos que permita ampliar al máximo posible el rango de la exención en el patrimonio del empresario.

Debe aclararse aquí que existe una limitación con respecto a la aplicación de esta exención en la medida en que tanto el citado artículo 4.Ocho de la Ley del IP como el artículo 6 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, determinan que, en el ámbito del IP, esta exención “...sólo alcanzará al valor de las participaciones (...) en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad”.

Esta restricción motiva que, conforme al criterio de la Dirección General de Tributos y del TEAC –por ejemplo en su Resolución de 31 de enero de 2011– la remisión que la normativa del ISD efectúa a la LIP y que veremos de inmediato, tenga un carácter amplio y una interpretación finalista de la norma que lleva a concluir que el importe del beneficio fiscal debe calcularse sobre el valor proporcional de las participaciones en la entidad, determinado en función de los activos afectos y no afectos de ésta, criterio éste que cuestiona la doctrina señalando que “la referencia que la LISD realiza a la normativa del IP parece limitarse a señalar las sociedades a las que es aplicable el beneficio fiscal, sin extenderse a la cuantificación del importe de la reducción”⁴⁰; entenderlo de otra forma para quien defiende esta opinión, podría

³⁹ Artículo 3.1 del Reglamento del IP.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA SPÍNOLA, L.: “Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: aplicación de la reducción del 95% en la adquisición de empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en entidades”, Consejo general de Economistas, 2013, disponible en: <https://www.maiolegal.com/articulo-publicado-sobre-impuesto-sobre-sucesiones-y-donaciones/>

suponer la aplicación analógica de una restricción establecida para el IP, al ámbito del ISD, lo que, como es sabido, está prohibido en el ámbito tributario por mor de lo dispuesto en el artículo 14 de la LGT.

No podemos cerrar este requisito sin evidenciar que existe una práctica frecuente en las Comunidades autónomas, que son las que se ocupan de aplicar este impuesto, restringiendo la aplicación de este beneficio fiscal en base a considerar que se realizan funciones de dirección y que se cobra por ello solo cuando se cumplen los requisitos del conocido “Caso Mahou”⁴¹, en resumidas cuentas cuando los Estatutos de la sociedad que corresponda en el caso de que la Empresa familiar adopte forma societaria, recojan la retribución y su cuantía⁴². Para las Administraciones autonómicas, solamente se admite la retribución en concepto de administrador cuando así lo prevean los Estatutos societarios, pues, en caso contrario, el cargo se entenderá gratuito incluso aunque haya constancia de que el sujeto realiza funciones directivas y está cobrando por ello.

⁴¹ Las Sentencias del TS 7057/2008 y 7060/2008, ambas de 13 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7057 y ECLI:ES:TS:2008:7060), que conforman el conocido “Caso Mahou” desde un punto de vista tributario buscaron establecer los requisitos necesarios para que la retribución de los administradores pudiese considerarse gasto deducible en el Impuesto de Sociedades. Así, conforme a este jurisprudencia resultaría necesario el cumplimiento de dos requisitos para poder considerar la remuneración de los administradores como gasto deducible en el IS: por un lado, estas retribuciones deben ser expresamente calificadas en los estatutos de la sociedad como gasto obligatorio, siendo necesario para la actividad de la empresa y excluyendo, así, las meras liberalidades; por otro lado, la remuneración debe aparecer concretada en los Estatutos, es decir, no puede delegarse en la Junta general la concreción de la cuantía, de modo que su alteración requiera la modificación de los Estatutos, conjugando simultáneamente, dos de las siguientes tres condiciones: que los Estatutos precisen el o los sistemas retributivos seleccionados, no siendo suficiente con delegar en la Junta general su elección; que, en el supuesto de decantarse por un sistema de participación en beneficios de la empresa, se precise el porcentaje exacto, no siendo suficiente con indicar un máximo o que si la retribución es fija, se determine su cuantía exacta o, al menos, los criterios para poder hacerlo. (Cfr. ANTONIO ALONSO, M.: “Retribución a administradores, ¿siempre deducibles?”, *Economist & Jurist*, Núm. 129, 2009, págs. 24 a 29; GARCÍA NOVOA, C.: “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto de Sociedades Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 8, 2009, BIB 2009\329).

En definitiva, a raíz del “Caso Mahou” el Tribunal Supremo se alineó con la teoría del vínculo al entender que, aunque un administrador realice funciones adicionales de las que le corresponden por su condición de tal e incluso las partes atribuyan a estas naturaleza laboral, la esencia y contenido de la relación será siempre mercantil, pues las funciones de alta dirección serán absorbidas por las de administrador, independientemente de que para la empresa el individuo sea considerado un trabajador más o de que, incluso, esté dado de alta en la Seguridad Social.

⁴² Cfr. GARCÍA GÓMEZ, A.J.: “Sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales en el impuesto sobre sociedades”, *Revista española de Derecho Financiero*, Núm. 182, 2019, BIB 2019\5988 y también BORRACHINA JUAN, E.: “La deducción fiscal de la retribución de los administradores de sociedades mercantiles”, *Consell obert*, Núm. 249, 2010, págs. 32 a 36).

Varias son las razones que nos hacen combatir esta postura de las administraciones autonómicas. La primera que no parece lo más adecuado extrapolar la doctrina aplicada a un caso muy concreto, como lo fue el “Caso Mahou” a un supuesto que muy poca relación guarda con él como son las condiciones que permiten aplicar la bonificación fiscal del ISD que se recogen en el artículo 4.8 de la LIP y, cuya inspiración principal no es otra que favorecer la transmisión intergeneracional de las Empresas familiares. A ello se añade que el artículo 5 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, ya citado, que establece una serie de cargos que deben considerarse que ejercen funciones de dirección, este listado, como señalamos, es puramente enunciativo siendo el requisito fundamental para poder disfrutar de la bonificación fiscal realizar labores de dirección con independencia del nombre con las que se les denomine⁴³. Debemos insistir en que la clave para que pueda aplicarse la exención en este impuesto debe ser que la persona implicada tenga cierta capacidad de influencia en la sociedad.

Con independencia de los problemas expuestos, que trataremos más detenidamente en el siguiente epígrafe, es importante advertir que si no existiese esta exención en el IP durante los años en que sea titular de la actividad o de las acciones o participaciones de la sociedad el empresario tributaría por ellas en su IP teniendo en cuenta el valor de la empresa.

A. La irrupción del Impuesto Temporal de Solidaridad a las Grandes Fortunas

En 2022 se aprobó un nuevo Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (ITSGF) que grava el patrimonio neto de las personas físicas cuando éste sea superior a 3.000.000 de euros con la finalidad clara de evitar la competencia fiscal que se estaba produciendo entre las diferentes Comunidades autónomas consecuencia de la utilización que éstas han hecho de sus competencias normativas en el IP, y que analizaremos luego, obligando a todas ellas a tributar por este impuesto que se crea por la Ley 38/2022, de 27 de diciembre⁴⁴.

Este impuesto tiene el claro propósito de exigir un mayor esfuerzo a los contribuyentes con mayor capacidad económica para hacer frente a la crisis energética e inflacionista y armonizar la fiscalidad patrimonial entre las distintas Comunidades autónomas que, en algunos casos, habían procedido a aprobar bonificaciones en el IP que libraban parcial –y hasta totalmente– de la carga tributaria que correspondía a sus residentes fiscales, dando pie a que la fiscalidad patrimonial se haya convertido en los últimos tiempos en una de las actuales batallas fiscales entre el Estado y las Autonomías.

Esta figura impositiva estatal nació con vocación temporal para los ejercicios 2022 y 2023 aunque se ha prorrogado al año siguiente, para el 2024⁴⁵, mientras no se

⁴³ Cfr. MARÍN BENÍTEZ, G.: “Los consejeros ejecutivos en el Derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios y Casos Prácticos*, Núm. 354, 2012, pág. 2.

⁴⁴ Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias. «BOE» núm.311, de 28 de diciembre de 2022.

⁴⁵ Real Decreto Ley 8/2023, de 27 de diciembre, («BOE» núm. de 28 de diciembre de 2023).

produzca una revisión de la tributación patrimonial en el contexto de la reforma de la financiación autonómica.

El ITSGF se configura como un impuesto estatal complementario del IP que afecta, como hemos dicho, exclusivamente a los contribuyentes con un patrimonio neto superior a tres millones de euros. Respecto a lo que nos interesa destacar aquí debemos señalar que su base imponible se determina de la misma forma que en el IP (valor de los bienes minorados por las cargas, gravámenes y deudas del contribuyente), garantizándose la aplicación de todas las exenciones previstas en este impuesto y manteniéndose la exención que acabamos de explicar y que afecta a las participaciones en las Empresas familiares cuando se cumplan los requisitos que prevé la norma del IP antes señalados. Esta remisión, como es lógico, garantiza que el valor de las acciones en las Empresas familiares no se tome en consideración a efectos del patrimonio neto.

Debemos añadir aquí que el pasado mes de noviembre de 2023 el Tribunal Constitucional⁴⁶ confirmó, al menos de momento⁴⁷, la constitucionalidad de los elementos esenciales de este impuesto con el que el Estado ha apostado por un mecanismo que, al menos temporalmente, unifica el esquema y el coste tributario de los impuestos que gravan la tenencia del patrimonio lo que, no obstante, ha generado una importante ⁴⁸inestabilidad y volatilidad entorno a dicha fiscalidad, provocando que los grandes patrimonios se hayan visto obligados a realizar un ejercicio de análisis sobre qué herramientas jurídicas les resultan más interesantes desde la perspectiva de un mejor trato fiscal. Y entre estas herramientas se encuentra el que hemos denominado Régimen Fiscal de la Empresa Familiar aplicable a estas entidades, como hemos dicho, para preservar el patrimonio de las familias empresarias y facilitar su relevo generacional, régimen que requiere el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados en el IP para aplicarlo; siendo así, y en lo que afecta al valor de las participaciones, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los bienes afectos al ejercicio de la actividad empresarial o profesional, podrá aplicarse el trato fiscal favorable correspondiente.

⁴⁶ STC 149/ 2023 de 7 de noviembre.

⁴⁷ Esta Sentencia responde al recurso presentado por la Comunidad de Madrid que lo impugna por vulneración de competencias autonómicas, de la capacidad económica, por confiscatoriedad. Ante dichos argumentos el TC ha defendido la legitimidad de este impuesto que, no obstante, sigue siendo cuestionable desde la conformidad tanto con el derecho interno como con el de Unión Europea, entre otras razones, por su colisión con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, por la forma imprevista de introducirlo, o con la posible discriminación de no residentes, así como por la obstaculización de libertades comunitarias e infracción del principio de seguridad jurídica de la Unión Europea. Todas estas razones pueden dar lugar a nuevas cuestiones de inconstitucionalidad ante el mismo tribunal, así como a cuestiones prejudiciales ante el TJUE, sin olvidar la posibilidad que se abre de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁸ El ITSGF atendiendo al Preámbulo de la Ley, tiene como finalidades principales la recaudación y la armonización de la normativa autonómica, y se configura como un impuesto complementario del IP, de carácter estatal, no susceptible de cesión a las Comunidades autónomas.

De esta forma, es evidente que acogerse al marco fiscal de la Empresa familiar puede ser una buena estrategia financiera para los contribuyentes afectados por este nuevo impuesto estatal, en la medida en que le permitirá disfrutar de la bonificación de la que este tipo de empresas gozan en el IP –que hemos analizado con anterioridad⁴⁹– beneficiando, además, como luego veremos, también a las siguientes generaciones.

Cierto es que con su inicial vigencia de dos ejercicios quizá a muchos contribuyentes del ITSGF no les mereció la pena reordenar su patrimonio, y más cuando la precipitación con la que se aprobó este impuesto llevó a que en su primer ejercicio no hubo margen de maniobra alguno a reordenar nada. No obstante, al haberse consumado la posible prórroga del ITSGF que contemplaba el Gobierno, y que ya se ha hecho realidad para 2024, debería reflexionarse por los contribuyentes de grandes fortunas acerca de las ventajas que les ofrece la posibilidad de conseguir cumplir los requisitos que se exigen para poder aplicar el régimen fiscal de la Empresa familiar. Esta estrategia demanda una cuidadosa planificación que en estos casos puede resultarles de gran interés, y no solo al corto plazo –respecto de este impuesto concreto que debería ser temporal– sino pensando también en el futuro como una fórmula para beneficiar a los sucesores en la empresa, poniéndoselo más fácil a las siguientes generaciones.

Para terminar, debemos aclarar que cuando no se cumplan los requisitos exigibles para aplicar el régimen para la Empresa familiar se tributa por este impuesto sin ningún tipo de beneficio, teniendo en cuenta que la cuota íntegra del mismo, conjuntamente con las cuotas del IRPF y del IP, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 60% de la suma de las bases imponibles del IRPF.

De esta forma, si la suma de las cuotas del ITSGF, el IRPF y el IP superase el límite del 60% de la suma de las bases imponibles del IRPF, se reducirá la cuota del primero de ellos hasta alcanzar dicho límite, sin que la reducción pueda exceder del 80% de la cuota del ITSGF previa a dicha reducción. Para finalizar, no debe olvidarse que de la cuota resultante del impuesto a las grandes fortunas se deducirá la cuota del IP efectivamente satisfecha⁵⁰.

2. Reducción del 95% en la base imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones

Como apuntamos con anterioridad otro de los beneficios fiscales aplicables a la Empresa familiar es la reducción del 95% establecida en el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (en adelante, LISD) que cabe aplicar a las adquisiciones de empresas individuales o participaciones en entidades por parte de los cónyuges, descendientes o adoptados, del causante o donante. Se trata de una reducción sobre la base imponible que pueden aplicarse el heredero o donatario de la de la Empresa

⁴⁹ Por contra, cualquier empresario titular de la actividad o de las acciones de una empresa que no cumple con los requisitos para estar exenta, debe tributar por ellas en su Impuesto sobre el Patrimonio y el ITSGF, según el valor de la compañía.

⁵⁰ Además, en el caso de obligación personal y sin perjuicio de lo que establezcan los Tratados o Convenios internacionales, serán deducibles los impuestos satisfechos en el extranjero.

familiar en criterio de la Administración que no compartimos, de la totalidad de la Empresa familiar⁵¹, en la medida en que a veces no hace falta transmitir la totalidad de la empresa para garantizar su continuidad.

Con esta reducción se permite la sucesión en la Empresa familiar sin un coste fiscal elevado para la nueva generación que se hace cargo de la empresa, corrigiendo la situación previa a la existencia de este beneficio fiscal que provocaba que los herederos debieran vender la misma para poder pagar este impuesto, lo que no solo resultaba perjudicial para la familia heredera sino también para el conjunto de familias que trabajaban en la compañía, proveedores, y clientes generando un perjuicio a la economía de la zona en la medida en que las empresas tendían a desaparecer. Esto se agrava en aquellos lugares donde la Empresa familiar constituye la base de empleo, muchas veces zonas rurales, cuya subsistencia depende de la continuidad de este tipo de entidades, de forma que si desaparece la Empresa familiar están avocadas a la despoblación⁵².

Este hecho fue, sin duda, lo que justificó evitar que este impuesto se convirtiera en un elemento que distorsionase la actividad económica y, sobre todo, que forzase la salida de la familia fundadora de la empresa en la medida en que en este tipo concreto de entidades, a diferencia de las empresas no familiares, los miembros de la familia, tanto los que ceden como los que reciben la masa hereditaria, participan o están llamados a participar claramente en la gestión de la compañía. Precisamente por este motivo se establece esta bonificación, para facilitar que la familia continúe con la empresa⁵³.

⁵¹ En la Consulta vinculante núm. V2680/2020, de 2 de septiembre se señala que “(...) la LISD exige la transmisión “inter vivos” de la empresa o negocio como tal o, en su caso, de participaciones que el donante tuviere en una determinada entidad, todo ello de acuerdo con la finalidad que inspira tanto este apartado como el 2.c del mismo artículo, que no es otra que la de favorecer la transmisión intergeneracional de los elementos patrimoniales que se contemplan”. En similares términos se ha pronunciado también la Dirección General de Tributos en Consultas anteriores como la 2142-99 de 12 de noviembre de 1999, la 0157-02 de 4 de febrero de 2002 o la 0166-03 de 7 de febrero de 2003, en las que se afirma que “...para que la donación de una empresa individual como la que nos ocupa pueda acceder al disfrute de la reducción del 95 por ciento prevista en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ha de hacerse de forma global, como actividad económica unitariamente considerada...” añadiéndose que “...la donación parcial de farmacia, el supuesto contemplado en el escrito de consulta no podría gozar de la reducción del 95 por ciento prevista en el artículo 20.6 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”.

Esta exigencia es de la Administración, no del artículo 20.6 de la LISD que no fija tal requisito; coincidimos en que no debería exigirse, cuando se transmita (por ejemplo) una rama de actividad autónoma (Cfr. GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar”, ob., cit., BIB 2024\865).

⁵² Puede ponerse el ejemplo de la preocupante situación en la que entró el Grupo Siro que defendía en Castilla y León, 1500 empleos, vr.gr. https://www.elconfidencial.com/espana/2022-06-03/alarma-riesgo-cierre-gran-despensa-galletas-espana_3436303/

⁵³ Debemos señalar que en la interpretación de la normativa tributaria que regula la transmisión lucrativa del negocio familiar en aras a discernir si se cumplen estos requisitos el Tribunal Supremo, concluye en la Sentencia de 26 de mayo de 2016 (recurso casación núm. 4098/2014) que “ante la duda, siempre se ha de estar a la interpretación finalista de la norma, de manera que si lo que se pretende es la concesión de un beneficio a las

Acudiendo a la vigente legislación en lo que afecta a la posible sucesión “*mortis causa*” establece la letra c), apartado 2, del citado artículo 20 de la LISD que “*En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviere incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (...) para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 % del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo*”.

A la vista de este precepto para poder aplicar esta bonificación debe tratarse de participaciones a los que pueda aplicarse la exención que se regula en el apartado octavo del artículo 4. Ocho de la LIP y debe mantenerse el negocio o las participaciones en principio, a salvo de la regulación que realicen las Comunidades autónomas que luego veremos, por un margen temporal de diez años en el patrimonio del causante (lo que se aplica también al donatario). Como ha señalado la DGT “*la aplicación de la reducción exige, por tanto y como condición sine qua non la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio para el donante y el mantenimiento de la misma por el donatario*”⁵⁴.

En todo caso deben cumplirse los requisitos del régimen durante ese tiempo sin que las decisiones de la siguiente generación puedan orientarse a minorar sustancialmente el valor de lo adquirido en herencia⁵⁵. A nuestro juicio, lo que la ley pretende es que se mantenga “el valor”, no las participaciones en sí. Esta cuestión puede ser conflictiva y ofrece alternativas para que, si se mantiene dicho valor, puedan inclusive enajenarse las participaciones Entenderlo de otra forma condicionaría en exceso la capacidad de actuación de herederos y donatarios en el tráfico jurídico imposibilitándoles la realización de actos dispositivos u operaciones mercantiles que pueden ser convenientes a su empresa y que podrán llevarse a cabo, como hemos dicho, si no suponen una minoración sustancial del valor de adquisición⁵⁶.

empresas familiares que facilite en lo posible su transmisión evitando una eventual liquidación para el pago del impuesto de donaciones lo lógico es interpretar la norma de una manera tendente a dicha finalidad” (FJ Tercero).

⁵⁴ Consulta vinculante núm. V3195/2018, de 14 de diciembre en relación con una donación.

⁵⁵ E incluso algo antes en la medida en que el art 20.2 c) de la Ley 29/1987 puede aplicarse también a las transmisiones realizadas mediante los pactos sucesorios que tengan por objeto la entrega de la empresa familiar antes del fallecimiento del instituyente o causante y que se regulan en algunas Comunidades autónomas, cuestión de la que se ocupa ÁLVAREZ BARBEITO, P.: “Adquisición de empresa familiar mediante pactos sucesorios con eficacia de presente: problemática actual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 3, 2021 parte Estudios, BIB 2021\125.

⁵⁶ Consulta vinculante núm. 951/2005, de 27 de mayo en la que la Administración tributaria sólo exige que se conserve el valor de lo adquirido para el mantenimiento de la reducción; sin entender que sea necesario que se mantenga literal y materialmente lo recibido lucrativamente.

Por su parte, en el caso de adquisiciones “*inter vivos*” –donación de la Empresa familiar–, para que los donatarios⁵⁷ puedan beneficiarse de esta reducción deben cumplirse, además de los ya expuestos, otros dos requisitos adicionales⁵⁸:

– Primera: que el donante tenga 65 o más años o bien que tenga menos de 65 años pero se encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez⁵⁹.

Si la titularidad recayera en dos cónyuges, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1148/2023, de 19 de septiembre, establece que para lograr la reducción completa en la base imponible del ISD es necesario que cada cónyuge-transmitente cumpla individualmente con el requisito de edad⁶⁰.

⁵⁷ El artículo 5 b) de la LISD establece como sujeto pasivo contribuyente del impuesto de donaciones a las “personas físicas” que reúnan la condición de “donatario” o “favorecido” por la transmisión lucrativa “*inter vivos*”. Con ello se delimitan los posibles contribuyentes que podrán aplicar esta reducción, de carácter personalista, acotándolo exclusivamente a determinados parientes –cónyuge, descendientes o adoptados–, solo ampliables por la normativa de las Comunidades autónomas.

⁵⁸ El Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 5/2022, de 10 de enero (recurso casación núm. 1563/2020) deja claro que la reducción prevista en el artículo 20.6 de la LISD sólo se encuentra condicionada por la normativa del IP. La jurisprudencia que se fija es la siguiente: “1) *En los casos en que la donación inter vivos de una empresa familiar venga constituida, en parte de su valor, por activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad tercera o de la cesión de capitales a terceros, puede aplicarse la reducción prevista en el artículo 20.6 de la LISD.*

2) La procedencia de tal reducción de la base imponible establecida en el artículo 20.6 LISD viene condicionada, por la propia remisión que el precepto establece al artículo 4, Ocho de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, a la acreditación de su afectación a la actividad económica.

3) El hecho de que parte del valor de lo donado, en los términos del artículo 20.6 LISD, venga constituido por la participación de la entidad objeto de la donación de empresa familiar en el capital de otras empresas o por la cesión de capitales no es un obstáculo, per se, para la obtención de la mencionada reducción, siempre que se acredite el requisito de la afectación o adscripción a los fines empresariales. En particular, las necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito, entre otros, no se oponen, por sí mismas, a esa idea de afectación.

4) El artículo 6.3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio, es conforme a la ley que regula este último y a la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, sin que contradiga tampoco el artículo 27.1.c) de la Ley 40/1998, tal como ha sido interpretado más arriba, aun para el caso de que éste fuera aplicable en este asunto” (Fundamento Cuarto).

⁵⁹ Estas situaciones deben ajustarse a las exigencias de la normativa reguladora de la Seguridad Social sin que quepa ninguna otra que no se adecúen literalmente a sus catalogaciones como sería el caso de la jubilación anticipada de personas con discapacidad superior al 45% a los 62 años (*Vid.* Consulta vinculante núm. V0331/2010, de 22 de febrero).

⁶⁰ Señala en esta Sentencia que “*dicho requisito de la edad debe concurrir en el donante de cada una de las donaciones, o lo que es lo mismo, en la donación de bienes comunes del matrimonio, ambos donantes deben haber alcanzado la edad de 65 años, en el caso de que sólo la haya alcanzado uno de los cónyuges (...) sólo cabe la reducción respecto de la*

– Segunda: que, si el donante viene ejerciendo funciones de dirección, deje de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión⁶¹.

Destaca el carácter condicional de este requisito de manera que solo se aplica si el donante ejerciera dichas funciones de dirección y no en los casos en los que las mismas estuvieran encomendada a otros sujetos (Gerentes, CEOs... etc.). No obstante, a nadie escapa la indefinición a la que nos enfrenta determinar qué se entiende por “*funciones de dirección*”, señalándose únicamente por el legislador en el propio artículo 20.6, ya mencionado, que “*no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad*” lo que lejos de aclarar algo, lo complica más y da margen a la interpretación por parte de la Administración tributaria que, nos tememos, nunca favorecerá los intereses de los contribuyentes⁶² que deberán probar que esta condición se cumple, con la dificultad que ello pueda conllevar.

Y ello sin olvidar la necesidad de que el transmitente tampoco perciba remuneraciones por el ejercicio de este tipo de funciones desde el momento en el que lleve a cabo la transmisión lo que no impide que pueda recibirlas en otros conceptos como rentas vitalicias⁶³, o mediante un contrato laboral no vinculado a las labores directivas⁶⁴ por ejemplo, sin que ello suponga, a nuestro juicio, el incumplimiento de este requisito.

A la vista de los requisitos expuestos, en la práctica, la aplicación de esta reducción no resulta sencilla, en tanto en cuanto existe una importante disparidad interpretativa entre la AEAT y los contribuyentes sobre qué valor debe tomarse como base de la reducción. Si bien la LISD establece literalmente que la base de la reducción será el “*valor de la empresa*”, los órganos de gestión e inspección de las Comunidades autónomas, que son los que aplican la reducción, vienen considerando que la citada exención sólo podrá alcanzar al valor de las participaciones en la proporción que se corresponda con activos afectos a la actividad⁶⁵ en la tónica ya apuntada al analizar la

donación realizada por aquel de los cónyuges que ha alcanzado y cumplido dicho requisito de la edad” F J Cuarto. Este planteamiento se critica por GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar”, ob., cit., BIB 2024/865.

⁶¹ No se considera cumplido este requisito por la mera pertenencia al Consejo de Administración.

⁶² Así lo advierte GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar”, ob., cit., BIB 2024/865.

⁶³ Cfr. Consulta vinculante núm. V1003/2013, de 27 de marzo.

⁶⁴ Cfr. Consulta vinculante núm. V2978 /2018, de 19 de noviembre.

⁶⁵ El criterio que mayoritariamente suele seguir la Administración tributaria se basa en calcular la base de esta reducción del 95% en el ISD sobre la parte del valor de la empresa que se corresponde con activos afectos a la actividad empresarial. De hecho, la DGT en la Consulta tributaria de 24 de mayo de 2002 establece que “... una interpretación finalista de dicha exención prevista en el artículo 4. Octavo. Dos de la Ley 19/1991, tal y como resulta con toda nitidez tanto de la propia Ley como de su desarrollo reglamentario constituido por el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, conduce a entenderla aplicable a los bienes y derechos sólo en la medida en que estén afectos a la actividad económica”. En la misma línea también pueden verse Consultas posteriores como la

exención en el IP. Considera la Administración que la remisión que realiza el mencionado artículo 20.2.c) de la LISD a la LIP no se refiere exclusivamente al tipo de empresas susceptibles de gozar de esta reducción, sino que se refiere también a la determinación del “*quantum*” de tal reducción.

Como apuntamos más detrás no faltan voces que se oponen a esta interpretación⁶⁶, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina⁶⁷ esgrimiendo razones incontestables que podemos compartir y que tienen que ver con una lógica preocupación ante el hecho de que

V2034-03 de 2 de diciembre, la V2302-11 de 28 de septiembre, o la V0852-11 de 1 de abril en las que se apela a “razones de lógica y coherencia interna” para entender que, efectivamente, el porcentaje de reducción en el ISD opere sobre el mismo importe que resulte exento en el IP.

De hecho, la Consulta V2302/2011 de 28 de septiembre, explica los pilares sobre los que descansa el criterio administrativo en los términos que siguen: “...cosa conceptualmente distinta a la determinación del “*quantum*” de la exención, además de lógicamente anterior, es constatar si esa sociedad tiene o no por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (letra a) del apartado), lo cual resultará de la composición de la mayoría de su activo por valores o bienes no afectos. Y en ese exclusivo sentido, es decir, en la determinación de si procede o no la exención, se establece que “a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos” no se computarán los que se detallan en el segundo epígrafe de la letra a).

El criterio expuesto y la norma valorativa del citado epígrafe y letra, aplicados al supuesto de hecho descrito en el escrito de consulta, significaría la procedencia del acceso a la exención para la Sociedad Limitada matriz, en tanto en cuanto la mayoría de su activo no está constituido por valores o elementos no afectos a su actividad. Sin embargo, no procedería tomar en cuenta el valor de todos aquellos elementos patrimoniales no necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial y ello con independencia de su coste de adquisición en relación con los beneficios no distribuidos, parámetro que, como se ha indicado, no opera en este punto”.

Por su parte, el TEAC, en su Resolución de 31 de enero de 2011, es partidario de que el importe del beneficio fiscal en ISD se calcule sobre el valor proporcional de las participaciones en la entidad, determinado en función de los activos afectos y no afectos de ésta, criterio que, como veremos, se acaba expandiendo a la interpretación de la aplicación de los beneficios fiscales de otros impuestos.

⁶⁶ No obstante, pese a esta cicatera visión de la Administración no faltan pronunciamientos jurisprudenciales opuestos a este criterio administrativo que se fundamentan en la idea de que no procede limitar la base de la reducción en función de los activos afectos y no afectos porque ello no está previsto en precepto legal alguno que ampare dicha limitación. Atendiendo al art 3 del Código Civil –por remisión del 12.1 de la LGT– se defiende por esta jurisprudencia que “las normas deben interpretarse de acuerdo con su sentido gramatical y más aún en una normativa en la que está prohibida expresamente la interpretación analógica” (entre todas, puede verse la Sentencia Núm. 132/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) por lo que cuando el artículo 20.2.c) establece que la reducción del 95% afecta al “valor de la empresa”, debe entenderse que éste incluye el valor total de la misma, pues no se señala que dicho valor deba englobar únicamente los bienes patrimoniales que están afectos a la citada actividad empresarial.

⁶⁷ Cfr. GARCÍA SPÍNOLA, L.: “Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: aplicación de la reducción del 95% en la adquisición de empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en entidades”, Consejo general de Economistas, 2013, disponible en: <https://www.maiolegal.com/articulo-publicado-sobre-impuesto-sobre-sucesiones-y-donaciones/>

la interpretación que viene haciendo la Administración se base en una interpretación analógica de lo exigible en el IP para extenderlo al ISD, entendiendo que cuando este último impuesto se refiere al “el valor de la empresa” no lo hace al valor total sino al valor que contempla el IP tras aplicar la limitación que implica restar los activos no afectos. Está claro que la interpretación administrativa es la menos favorable a los intereses de los contribuyentes a los que, además, genera una evidente inseguridad jurídica respecto de la forma de proceder en la aplicación de esta reducción del 95%.

Para terminar, y como hemos hecho en el caso del IP, nos gustaría destacar que en el caso de que no pudieran aplicarse estas exenciones por no cumplirse con los requisitos expuestos, el donatario que se hace cargo de la Empresa familiar tributaría en el Impuesto sobre Donaciones y en el caso de tratarse de una sucesión en la empresa familiar por el fallecimiento del titular los herederos tributarían en el Impuesto sobre Sucesiones.

3. No sujeción en el IRPF de la ganancia patrimonial en los casos de donación de la empresa familiar

El tercero de los beneficios fiscales que acompaña a la transmisión de la Empresa familiar se regula en el artículo 33.3 c)⁶⁸ de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (LIRPF)⁶⁹ bajo la forma de un supuesto de no sujeción que afecta a la ganancia patrimonial que se genera en el transmitente/donante⁷⁰ lo que resulta coherente con la voluntad del legislador de que la transmisión lucrativa de la Empresa familiar no tribute si se garantiza su continuidad en el ejercicio de la actividad.

Para conseguir este objetivo se entiende que en estas transmisiones no existe alteración patrimonial alguna en la medida en que concurren las circunstancias exigibles en el artículo 20.6 de la LISD⁷¹ que hemos analizado en el epígrafe anterior y que, en definitiva, son los requisitos para poder aplicar por parte del adquirente/donatario la reducción del 95% en su base imponible en dicho impuesto, y ello con independencia de que la aplique o no.

Sobre esta última cuestión coincidimos con GARCÍA DIEZ en que no resulta preciso el ejercicio de opción alguna o manifestación de su voluntad de acogerse a dicho precepto –20.6 de la LISD– y la posibilidad que abre de aplicar la reducción en este impuesto, sino que una vez concurren los mismos procederá su aplicación y por ello no se producirá ganancia patrimonial alguna en el donante⁷².

⁶⁸ Señala expresamente que “*se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial*” con respecto a “*las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*”.

⁶⁹ En concreto en el artículo 33.3 c) de la LIRPF.

⁷⁰ Y que sin este precepto quedaría sujeta al IRPF (ex artículo 33.1 LIRPF).

⁷¹ Destaca que el legislador diseñe el supuesto de no sujeción efectuando la remisión a la norma de otro impuesto renunciando a efectuar una definición propia que evitaría cualquier duda interpretativa.

⁷² Opinión del autor que suscribimos plenamente y que se apoya en las Sentencias del TSJ Canarias núm. 457/2022, de 6 de mayo, (FJ Tercero) y 278/2022, de 24 de marzo. (Cfr.

En lo que se refiere al IRPF, la aplicación de esta regla de no tributación en sede del donante implica, además, que el adquirente o donatario se subroga en la posición del donante respecto a los valores y fechas de adquisición de los bienes recibidos por la donación⁷³ (artículo 36, in fine, LIRPF) con lo que se garantiza que la no tributación derive en un simple diferimiento del IRPF.

En definitiva, la normativa fiscal nos sitúa ante un supuesto de no sujeción (ex artículo 20.2 LGT) en el que el legislador aclara el contenido y alcance del hecho imponible del IRPF y, conforme a la literalidad del precepto legal, no supone elección alguna por parte del contribuyente sino que se aplica automáticamente⁷⁴. Como señala GARCÍA DÍEZ “*no hay alternativa, si se cumple con los requisitos establecidos por el legislador, procederá practicar la reducción en base imponible del Impuesto de Donaciones (artículo 20. 6 LISD) y, a la par, se reconocerá el supuesto de no sujeción en el IRPF del transmitente (artículo 33.3 c) LIRPF)*”.

En realidad, las medidas fiscales que se contemplan en ambos impuestos tienen como finalidad, como se ha dicho, no penalizar fiscalmente este tipo de donaciones dado que, en última instancia, suponen una forma de facilitar el relevo generacional de las Empresas familiares.

En cuanto al alcance en la aplicación de esta exención el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) viene emanando algunos criterios que ayudan a aclarar las cuestiones más controvertidas.

Respecto de si esta norma de no sujeción afecta a todos los elementos patrimoniales, existencias inclusive, la DGT venía defendiendo que debía darse a éstas últimas un tratamiento diferenciado de forma que, de un lado, la donación de las existencias daría lugar a un rendimiento de la actividad económica, en función de su valor de mercado, y de otro, habría una ganancia o pérdida patrimonial por la donación de los elementos del inmovilizado⁷⁵; sin embargo, el TEAC no ha respaldado esta opinión considerando “*que el beneficio fiscal del artículo 33.3 c) LIRP afecta a la totalidad de la transmisión*”⁷⁶ teniendo en cuenta principalmente la literalidad del supuesto de sujeción, que no efectúa distinción alguna entre los elementos de activo, refiriéndose con carácter general a la “*empresa*”. Este criterio no lo rubrica la DGT que ha seguido manteniendo con posterioridad a esta Resolución la opinión antes expuesta⁷⁷.

GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar”, ob., cit., BIB 2024/865). También comparte este criterio la Dirección General de Tributos entre otras en las Consultas V0120-13, de 17 de enero de 2013 y V0941-14, de 2 de abril de 2014.

⁷³ Debe aclararse que las donaciones pueden generar una tributación en el IRPF del donante-transmitente, por la ganancia patrimonial cuantificada en la diferencia positiva entre el valor de lo donado y su coste de adquisición.

⁷⁴ Señala este precepto que “*Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial (...). Con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*”.

⁷⁵ Consulta vinculante núm. V1619/2021, de 28 de mayo.

⁷⁶ Resolución del TEAC de 25 de octubre de 2021, R.G. 1108/2018, FJ Séptimo.

⁷⁷ Consulta vinculante núm. V0463/2023, de 1 de marzo.

En otro orden de cosas, el TEAC en sus recientes Resoluciones de 29 de mayo de 2023 y de 18 de diciembre de 2023 también ha concluido que el diferimiento previsto en la Ley del IRPF sólo se debe aplicar en relación de los elementos que están afectos a actividades económicas⁷⁸ y no respecto a la totalidad de la empresa. Este es, además, el criterio interpretativo que se ha venido aplicando además en el IP y en el ISD de acuerdo con lo que venía haciendo la inspección tributaria que venía discutiendo el diferimiento íntegro de la ganancia patrimonial o, lo que es lo mismo, la no sujeción íntegra de la renta en sede del donante, cuando la entidad cuyas participaciones se donan posea activos no afectos a la actividad económica.

Prevalece en la doctrina asentada por el TEAC⁷⁹ en esta reciente Resolución el criterio de los órganos inspectores que consideran que, aunque la Ley del IRPF no lo contemple expresamente –tampoco la LISD en la que nos encontrábamos con idéntico problema– debe realizarse el cálculo de forma proporcional ya que la remisión al artículo 20.6 de Ley del ISD se hace a los exclusivos efectos de exigir los requisitos que deben cumplir donante y donatario para acceder al régimen de la Empresa familiar⁸⁰.

Como en la situación vista en el ISD no se trata del criterio que más favorezca a la Empresa familiar sin que la misma se sustente en ningún precepto expreso que permita aplicar esta limitación que, de nuevo, se importa de la Ley del IP y careciendo del necesario sustento en razones objetivas e incontestables.

Debe añadirse también en lo que afecta a este beneficio fiscal que coincidimos en el criterio vertido por GARCÍA DIEZ⁸¹ de que, pese a algunos pronunciamientos jurisprudenciales que mantienen lo contrario⁸², la pérdida de los requisitos exigibles a

⁷⁸ En la actualidad siguen existiendo muchas controversias sobre la consideración o no de determinados activos como necesarios para la actividad económica (tesorería excedentaria, préstamos, inmuebles arrendados, etc.).

⁷⁹ Las Resoluciones mencionadas en el texto constituyen doctrina reiterada del TEAC y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 239.8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, vinculará a la Administración tributaria.

⁸⁰ En la Resolución del TEAC de 18 de diciembre de 2023 se señala que “calculada la ganancia de patrimonio por diferencia entre valor de transmisión y valor de adquisición de las participaciones donadas, y concluido ya cuál era el porcentaje de la misma que no podría beneficiarse de la aplicación del artículo 33.3.c) de la LIRPF, es claro y conforme a Derecho el importe de la ganancia de patrimonio que, de acuerdo con las normas anteriores, procede integrar en la base imponible del IRPF”. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 5/2022, de 10 de enero (recurso casación núm. 1563/2020) ha parado el intento de la Administración tributaria de negar el reconocimiento de la reducción en el ISD cuando la entidad objeto de la donación incluye como parte de su activo, de acuerdo con la normativa del IRPF, bienes que no se encuentran afectos a una actividad económica.

⁸¹ Cfr. GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar” ob., cit., BIB 2024\865.

⁸² Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2023 (recurso núm. 787/2019) sostiene la pérdida del beneficio de no sujeción en el IRPF para el donante por

los donatarios para aplicar los beneficios fiscales en el ISD antes expuestos, no arrastran ningún tipo de consecuencia en la aplicación de este supuesto de no sujeción que afecta al donante diligente; ya que nada contempla la norma expresamente a este respecto, sin que pueda expandirse ninguna especie de efecto sancionador impropio a éste último, por la conducta de aquellos. Compartimos el criterio de este autor cuando señala que solo tendría cabida esta consecuencia para el donante —es decir, tener que tributar por la ganancia patrimonial en el IRPF— si en el momento de la perfección del negocio jurídico él mismo incumpliese con los requisitos que le correspondan, ya sea relativos a funciones directivas, retribuciones, edad... —o, bien, hubiera colaborado con los donatarios en el incumplimiento a posteriori de cualquiera de ellos⁸³.

Para terminar este epígrafe aclaramos de nuevo, como hemos hecho en los supuestos anteriores que si no existiera esta medida, en el caso de la donación de la Empresa familiar el donante tendría una ganancia patrimonial por la que debería tributar en su IRPF, en concreto, por el incremento de valor que haya tenido la empresa desde que es titular de la misma, y ello sin olvidar que los donatarios, de no existir el beneficio fiscal anteriormente explicado del artículo 20.6 de la LISD, también tributarían en el Impuesto sobre Donaciones.

Llegados aquí, no podemos terminar el análisis realizado de los beneficios fiscales aplicados por las normas estatales sin insistir en que, como puede verse fácilmente, que los mismos están pensados para evitar el costoso impacto fiscal sobre la titularidad de la actividad empresarial que tendría su transmisión a la siguiente generación lo que, además, pondría en peligro su continuidad en la familia; ello lleva a que la familia empresaria deba llevar a cabo una cuidadosa planificación para conseguir cumplir con los requisitos que se han explicitado hasta aquí y que facilitan la aplicación del llamado Régimen de la Empresa familiar. Esta planificación fiscal, además, va más allá de la mera tributación por IRPF o IP, y traslada sus efectos a futuro en la medida en que la transmisión del patrimonio empresarial está, en principio, fuertemente bonificada en el ISD si se cumplen los requisitos antes mencionados. La regulación entre los tres impuestos, como hemos visto, está claramente interrelacionada lo que no deja de provocar algunos problemas que hemos dejado apuntados y a los que la doctrina administrativa y la jurisprudencia van dando cumplida respuesta no siempre a favor de los intereses de la Empresa familiar.

Llegados a este punto solo resta añadir que como los incentivos fiscales explicados y que se aplican en la legislación estatal no cubren la totalidad de los costes fiscales que se generan en la sucesión empresarial en el seno de la familia, hay margen suficiente para que los legisladores autonómicos, al tratarse de impuestos parcialmente cedidos a las

pérdida de los requisitos exigibles en los donatarios en el IP, que enajenaron los bienes de la entidad antes de transcurrir el tiempo exigible.

⁸³ Cfr. GARCÍA DÍEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar” ob., cit., BIB 2024\865.

Comunidades autónomas, hayan utilizado su potestad normativa para tomar medidas que en la práctica mejoran el tratamiento fiscal de la continuidad de las Empresas familiares, en particular, en lo que se refiere al IP y al ISD con un tratamiento dispar.

IV. LOS BENEFICIOS FISCALES APLICADOS EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO

La Hacienda autonómica constituye un elemento indispensable para la consecución de la autonomía política de las Comunidades autónomas. De hecho, el artículo 137 de la Constitución española dispone que las Comunidades autónomas “*gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*” reconociendo que la autonomía financiera de las Comunidades autónomas debe ejercerse “*con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles*” (art. 156.1), y también que el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad (art. 138.1).

Estos principios forman un conjunto en el que sus componentes deben integrarse en una relación de equilibrio, siendo los de solidaridad y coordinación límites intrínsecos del principio de autonomía financiera de estos Entes territoriales que marcan las relaciones entre el Estado y las Comunidades autónomas, así como sus relaciones entre estas últimas⁸⁴

Por ello, desde 1980 con la aprobación de la Ley Orgánica de Financiación Autonómica (en adelante, LOFCA)⁸⁵ se avanza en esa autonomía financiera reconocida constitucionalmente, avance que se traduce en la cesión de tributos a estas Entidades territoriales, y no solo su recaudación sino también competencias normativas que les permiten tomar sus propias decisiones estratégicas en la defensa de sus particulares intereses⁸⁶. Esta norma de 1980 establece el primer marco para esta cesión hasta 1986 previendo, en lo que afecta a los impuestos que nos interesan particularmente, la cesión del 50% de la recaudación del IP y del ISD. Por su parte, el

⁸⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 (STC 76/1983) en su Fundamento Jurídico segundo a) señala que las Comunidades autónomas “*son iguales en cuanto a su subordinación al orden constitucional; en cuanto a los principios de su representación en el Senado; en cuanto a su legitimación ante el Tribunal Constitucional o en cuanto que las diferencias entre los distintos Estatutos no podrán implicar privilegios económicos o sociales; en cambio, pueden ser desiguales en lo que respecta al procedimiento de acceso a la autonomía y a la determinación concreta del contenido autonómico de su Estatuto y, por tanto, en cuanto a su complejo competencial. El régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del status jurídico-público de las Entidades territoriales que lo integran. Sin la primera, no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda, no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno*”. El Tribunal Constitucional precisa que las Comunidades Autónomas “*gozan de una autonomía cualitativa superior a la administrativa que corresponde a los Entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política*” (Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981. STC 25/1981).

⁸⁵ «BOE» núm. 236, de 01 de octubre 1980.

⁸⁶ Artículo 11.

Acuerdo 1/1986 de 7 de noviembre, del Consejo de Política Fiscal y Financiera⁸⁷ sigue progresando en dicha cesión, de forma que, aunque siguen regulándose por el Estado, corresponde a las Comunidades autónomas por delegación del Estado su gestión, inspección y recaudación.

Por su parte, el Acuerdo 1/1993 de 7 de octubre, para el desarrollo del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas del quinquenio 1992-1996⁸⁸ asigna un mayor grado de corresponsabilidad fiscal a las Comunidades autónomas que comienzan a percibir el 15% del importe total de las cuotas liquidadas del IRPF ingresadas por los residentes en su territorio. Con posterioridad, el sistema de financiación de las Comunidades autónomas en el quinquenio 1997-2001 se rigió por los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 23 de septiembre de 1996⁸⁹ y de 27 de marzo de 1998⁹⁰, que provocan la evolución de los impuestos estatales que nos interesan, IP e ISD a tributos “compartidos” lo que supone el reconocimiento de las competencias normativas a las Comunidades autónomas sobre los mismos.

En el caso de ambos impuestos, tanto la recaudación como la competencia normativa están cedidas desde la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades autónomas y de medidas fiscales complementarias de forma que en el IP, las Comunidades autónomas pueden regular la tarifa, el mínimo exento, crear deducciones y bonificaciones⁹¹, y en el ISD pueden regular las reducciones aplicables en la base imponible, mejorar las reducciones estatales, crear deducciones y bonificaciones y fijar la tarifa del impuesto y las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente, así como las deducciones y bonificaciones en cuota.

⁸⁷ Acuerdo 1/1986, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el método para la aplicación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en el periodo 1987-1991. «BOE» núm. 264, de 3 de noviembre de 1988.

⁸⁸ Resolución de 31 de julio de 1995, de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo 1/1993, de 7 de octubre, para el desarrollo del sistema de financiación de las Comunidades autónomas del quinquenio 1992-1996. «BOE» núm.188, de 8 de agosto de 1995.

⁸⁹ Resolución de 26 de marzo de 1997, de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo 1/1996, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas para el quinquenio 1997-2001. «BOE» núm.96, de 22 de abril de 1997 En particular, Acuerdo tercero.

⁹⁰ Resolución de 26 de octubre de 1998, de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo 1/1997, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Sistema de Financiación de los Servicios de Sanidad en el Período 1998-2001. «BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1998.

⁹¹ En la norma estatal se contempla una exención de 300.000€ para la vivienda habitual del contribuyente, un Mínimo exento de 700.000€ tanto para los contribuyentes residentes como no residentes y la obligación de presentar la declaración para los sujetos pasivos cuya cuota tributaria resulte a ingresar o, no saliendo a ingresar, si el valor de los bienes y derechos supera los 2.000.000€.

La Ley 21/2001, de 27 de diciembre⁹², que plasma el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de julio de 2001 aprobado por todas las Comunidades autónomas supone la cesión de la capacidad normativa de las Comunidades autónomas de estos dos impuestos. La financiación de las Comunidades autónomas de régimen común se rige actualmente por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, tras la modificación operada por la LO 3/2009, de 18 de diciembre, y por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre⁹³, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias que materializa el Acuerdo 6/2009 de 15 de julio.

Veremos ahora cómo las Comunidades autónomas han desarrollado las competencias normativas en ambos impuestos siendo la causa del tratamiento dispar de las Empresas familiares dependiendo del territorio dónde se asienten.

Es importante recordar que como hemos visto, el IP de carácter redistributivo en origen, reconoce en la normativa estatal una exención para determinados activos productivos que debían quedar excluidos del patrimonio por su carácter excepcional de entre los que destacaron siempre, como vimos, las participaciones en Empresas familiares, siempre y cuando que se cumplan los requisitos expuestos, requisitos que, como hemos visto se trasladan al ISD cuya legislación estatal recoge una reducción mínima en la Base imponible del 95% por parte de la Empresa familiar. A partir de 1996 las Comunidades autónomas tienen competencias para regular elementos de ambos impuestos expuestos en el párrafo anterior y de hecho lo hacen lo que motiva diferencias importantes, como veremos de inmediato en el tratamiento fiscal de la Empresa familiar según los territorios.

1. Beneficios fiscales de las Comunidades en el IP

El IP es un tributo de devengo anual, carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto del que son titulares las personas físicas a fecha de 31 de diciembre de cada año⁹⁴, que se calcula en base al valor de todos los bienes del sujeto pasivo, sobre el que se aplica un tipo impositivo una vez reducidas las exenciones aplicables. A nivel estatal, se contempla:

- Exención de 300.000€ para la vivienda habitual del contribuyente.
- Mínimo exento de 700.000€ tanto para los contribuyentes residentes como no residentes.

⁹² «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

⁹³ «BOE» núm. 305, de 19 de diciembre 2009.

⁹⁴ Actualmente, el impuesto de patrimonio es un impuesto global, específico y recurrente sobre la riqueza neta de los individuos que existe solamente en España dentro de la Unión Europea; y en dos países más de la OCDE: Noruega y Suiza. En 26 de los 27 Estados de la Unión Europea este impuesto no existe *Cfr.* INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR (IEF): *Mapa autonómico de la fiscalidad de la Empresa Familia*, 2024. <https://www.iefamiliar.com>

- Obligación de presentar la declaración para los sujetos pasivos cuya cuota tributaria resulte a ingresar o, no saliendo a ingresar, si el valor de los bienes y derechos supera los 2.000.000€.
- Tarifa estatal salvo que la Comunidad autónoma regule otra al siguiente tenor:

Base liquidable Hasta euros	Cuota Euros	Resto Base liquidable Hasta euros	Tipo aplicable Porcentaje
0€	0€	167.129,45€	0,2%
167.129,45€	334,26€	167.123,43€	0,3%
334.252,88€	835,63€	334.246,87€	0,5%
668.499,75€	2.506,86€	668.499,76€	0,9%
1.336.999,51€	8.523,36€	1.336.999,50€	1,3%
2.673.999,01€	25.904,35€	2.673.999,02€	1,7%
5.347.998,03€	71.362,44€	5.347.998,03€	2,1%
10.695.996,06€	183.670,29€	En adelante	3,5%

Fuente: art. 30 Ley 19/1991.

Pues bien, en lo que nos interesa de forma particular, debemos señalar que algunas Comunidades autónomas, en desarrollo de sus competencias normativas, bien han establecido una bonificación del 100% en la cuota del impuesto, bien han introducido tramos de tarifa propios, cambiado el mínimo exento consecuencia de lo que existen fuertes diferencias de tributación y de los tipos efectivos aplicables entre las Comunidades autónomas lo que venía generando competencia fiscal entre territorios que, en ocasiones, podían llevar a situaciones de cambio de residencia de algunos patrimonios sin que en el caso de la Empresa familiar resulte llamativa en la medida en que se trata de entidades de mucho arraigo en el territorio en el que se encuentran por las que les cuesta cambiar de lugar. En concreto, a fecha de 2024, la situación real es la siguiente:

	Mínimo Exento	Marginal Máximo	Tramo Marginal Máximo	Límite Conjunto IRPF-IP	Deducciones en cuota
Andalucía	700.000	2,50%	10.696.000,00	Normativa estatal	Régimen transitorio ⁹⁵ 100%
Aragón ⁹⁶	700.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Asturias	700.000	3,00%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
I. Baleares ⁹⁷	3.000.000	3,45%	10.909.915,99	Normativa estatal	0,0%
Canarias	700.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Cantabria ⁹⁸	700.000	3,03%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Castilla y León	700.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Castilla-La Mancha	700.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Cataluña	500.000	3,48%	20.000.000	Normativa estatal	0,0%
C. Valenciana	500.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Extremadura ⁹⁹	500.000	3,75%	10.695.996,06	Normativa estatal	100 %
Galicia ¹⁰⁰	700.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	50,0%

⁹⁵ En línea parecida a lo realizado por la Comunidad de Madrid se modifica la aplicación de la bonificación del 100% en el IP para el ejercicio 2023 y siguientes (mientras subsista el ITSGF) a través de la Ley 12/2023. Los contribuyentes que no estén afectados por el ITSGF continuarán pudiendo aplicar la bonificación del 100% en el IP. No obstante, para los contribuyentes afectados por el IGF se les permitirá optar entre a) aplicar una bonificación variable en el IP en función de la cuota íntegra del ITSGF y que supondrá tributar exclusivamente en el IP, o b) aplicar la bonificación del 100% en el IP y estar obligados a tributar por el ITSGF. En el caso de Andalucía se configura como una opción del contribuyente.

⁹⁶ A través de la Ley 17/2023, de 22 de diciembre de 2023, de Presupuestos Generales de la Comunidad autónoma de Aragón para 2024 (BOA, Núm. 249 de 29 de diciembre) se incrementa el mínimo exento en el IP de 400.000 a 700.000€.

⁹⁷ Desde la 12/2023 de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Illes Balears («BOE» Núm. 25, de 29 de enero de 2024) y con efectos para el año 2024, se incorpora un mínimo exento en el IP de 3 millones. Así pues, sólo se tributará por el IP por el patrimonio no exento que exceda de dicho umbral. Esta medida podrá tener implicaciones en los contribuyentes afectados por el ITSGF.

⁹⁸ A través de la Ley 3/2023, de 26 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas (BOC Núm.87, extraordinario, de 27 de diciembre de 2023) y con efectos para el año 2024 se ha aprobado una bonificación del 100% en el IP, pero sólo resultará de aplicación cuando el patrimonio neto del contribuyente sea inferior a 3,7 millones. Los patrimonios netos de importe superior a 3,7 millones si estarán afectados por el IP. La normativa cántabra podría generar algún problema de error de salto.

⁹⁹ A través del Decreto-ley 4/2023, de 12 de septiembre, por el que se aprueban medidas urgentes para reducir la carga tributaria soportada por los contribuyentes, se amplían las ayudas al acogimiento familiar, se incrementan las ayudas a los nuevos autónomos y se conceden ayudas directas a los productores de cerezas (DOE Núm. 178, de 15 de septiembre de 2023) se introduce una bonificación del 100% de la cuota del IP aplicable en el ejercicio 2023 y siguientes. A priori no se ha adoptado ninguna medida correctora y, por tanto, los contribuyentes con un patrimonio neto no exento superior a 3,7 millones deberán tributar por el ITSGF.

¹⁰⁰ Galicia ha aprobado, a través de la Ley 10/2023, de 26 de diciembre de medidas fiscales y administrativas (DOG Núm. 246, de 29 de diciembre) las siguientes medidas en el IP para el ejercicio 2023 y siguientes:

La Rioja	700.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Madrid	700.000	3,50%	10.695.996,06	Normativa estatal	100,0% ¹⁰¹
Murcia	3.700.000 ¹⁰²	3,00%	10.695.996,06	Normativa estatal	0,0%
Navarra ¹⁰³	550.000	3,50%	11.003.784,50	65% BI IRPF y tributación mínima 45% cuota IP	0,0%
Álava ¹⁰⁴	800.000	2,50%	12.800.000,00	65% BI IRPF y tributación mínima 25% cuota IP	0,0%
Vizcaya	800.000	2,00%	12.800.000,00	65% BI IRPF y tributación mínima 25% cuota IP	0,0%
Guipúzcoa	700.000	2,50%	12.800.000,00	65% BI IRPF y tributación mínima 25% cuota IP	0,0%

Fuente: AEAT.

- a) Se eleva el tipo marginal máximo de la escala de gravamen del IP para patrimonios superiores a 10,6 MM pasando del 2,5 al 3,5% y
b) se establecen límites a la aplicación de la bonificación autonómica del 50% de la cuota íntegra de IP, con el objetivo de mantener en la Comunidad Autónoma la recaudación. En concreto el importe de la bonificación autonómica se reducirá en el importe que resultaría a pagar del ITSGF.

¹⁰¹ A través de la Ley 12/2023, de 15 de diciembre, por la que se modifica de manera temporal la bonificación del impuesto sobre el patrimonio en la Comunidad de Madrid durante el período de vigencia del impuesto de solidaridad de las grandes fortunas («BOE» núm. 71, de 21 de marzo de 2024) se modifica la aplicación de la bonificación del 100% de la cuota íntegra del IP para el ejercicio 2023 y siguientes (mientras subsista el ITSGF). Los contribuyentes que no estén afectados por el IGF continuarán pudiendo aplicar la bonificación del 100% en el IP. No obstante, para los contribuyentes afectados por el IGF, no resultará aplicable una bonificación del 100% en el IP. El importe de la bonificación se calculará en función de la cuota íntegra del IGF. El efecto resultante de esta medida es que la tributación derivada del ITGF pasará a ser tributación por el IP.

¹⁰² La Región de Murcia ha regulado, por primera vez y exclusivamente para los ejercicios 2023 y 2024, el mínimo exento fijándolo en 3.700.000 euros. Además, Se establece una deducción en cuota del 100% del importe en dinero que tenga el causante a la fecha del devengo del IP que en el año posterior se destine a proyectos de excepcional interés público regional. Su alcance es limitado dado que afectará sólo a dinero que se destine a unos proyectos concretos. En esta comunidad resultaba aplicable un mínimo exento de 3,7 millones en el ejercicio 2023. A través de la Ley 4/2023, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia para 2024 («BOE» núm. 30, de 3 de febrero de 2024) se prorrogua la aplicación del indicado mínimo exento para el ejercicio 2024.

¹⁰³ En el caso de Navarra se prorrogua para el año 2024 la aplicación del tipo marginal máximo del 3,5% para el tramo de una base liquidable superior a 11.003.784,50€.

¹⁰⁴ País Vasco. Las tres Juntas Generales (Bizkaia, Álava y Gipuzkoa) han aprobado las Normas Forales del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas ya que en los Territorios forales del País Vasco se tiene una normativa específica con el mismo fin.

Como consecuencia de las diferencias en los tipos, exenciones, bonificaciones y demás figuras, se produce una situación en la que existen, como se ve fácilmente en la tabla que acabamos de exponer, fuertes diferencias de tributación y de los tipos efectivos entre las Comunidades autónomas. Destaca, por ejemplo, la Comunidad de Madrid cuyo tipo efectivo es cero, cuestión que ha motivado, como ya dijimos, la aprobación del ITSGF que grava el patrimonio neto de las personas físicas cuando éste sea superior a 3.000.000 de euros, intentando evitar la competencia fiscal que se estaba produciendo entre las diferentes Regiones obligando a tributar en todas ellas por este impuesto en un intento armonizador por parte del Estado que, desde luego, rompe los parámetros admitidos de autonomía financiera de las Comunidades autónomas (y ello, aunque de momento el Tribunal Constitucional haya confirmado su legitimidad).

En relación con el ITSGF, la base imponible se determina de la misma forma que en el IP (valor de los bienes minorados por las cargas, gravámenes y deudas del contribuyente) y se garantiza la aplicación de todas las exenciones previstas en el IP. De hecho, se mantiene la exención de las participaciones en las Empresas familiares en la medida que se cumplan los requisitos que prevé la norma del IP que antes señalamos, remisión que garantiza que el valor de las acciones en las Empresas familiares no se tome en consideración a efectos del patrimonio neto. Asimismo, se incorpora un mínimo exento de 700.000 euros, más allá de cualquier otra bonificación o reducción aplicable en el IP siendo su tarifa la siguiente:

Base liquidable Hasta euros	Cuota Euros	Resto Base liquidable Hasta euros	Tipo aplicable %
0	0	3.000.000	0
3.000.000	0	2.347.998	1,7
5.347.998	39.916	5.347.998	2,1
10.695.996	152.224	En adelante	3,5

Por otro lado, se mantiene la regla sobre el límite conjunto de tributación de forma que la cuota íntegra del ITSGF, la del IRPF y la del IP no puede superar el 60% de la base imponible del IRPF como ya expusimos. Como consecuencia de la aplicación de esta regla, además, se puede minorar la cuota del ITSGF, sin que la reducción pueda ser superior al 80%, dejándose deducir de la cuota resultante la cuota del IP satisfecha en el ejercicio.

Algunas Comunidades autónomas interpusieron recursos de inconstitucionalidad a la Ley reguladora de este impuesto; la primera repuesta del TC en su Sentencia 164/2023 de 7 de noviembre¹⁰⁵ –sorprendentemente rápida– ha sido al planteado por la Comunidad de Madrid en la que ha defendido la legitimidad de esta figura pese a los

¹⁰⁵ Puede verse un comentario de esta Sentencia en GUIJARRO HERNÁNDEZ, F.: “La (in)constitucionalidad del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas (STC 149/2023, de 7 de noviembre)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 20, febrero 2024, págs. 1392-1417.

cuatro votos particulares que la cuestionan claramente, a la vista de los reparos de todo tipo que se le han venido haciendo por la doctrina¹⁰⁶ relacionados con la cuestionable tramitación parlamentaria del mismo, la armonización que provoca el Estado de la imposición patrimonial en fraude de ley, la falta de seguridad jurídica, el incumplimiento de los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad y falta de respeto de competencias autonómicas. No consideramos que la argumentación que esgrime nuestro alto Tribunal en este pronunciamiento supere las críticas doctrinales en las que prevalecen, a nuestro juicio, la objetividad, la lógica y la razón jurídica, ante una figura impositiva que nos sigue pareciendo tremendamente cuestionable.

Aprobada su continuidad por el Real Decreto-ley 8/2023, lo que rompe esa supuesta temporalidad que lleva en el propio título del impuesto¹⁰⁷, la misma ha conllevado una reacción por parte de las diferentes Comunidades autónomas que han modificado, aprovechando sus competencias normativas, su IP.

Algunas de las medidas aprobadas afectan al IP devengado el pasado 31 de diciembre de 2023 de forma que Madrid, Galicia o Andalucía han modificado, de forma temporal, desde 2023 mientras esté vigente el ITSGF la bonificación autonómica del 100% en el IP que pasa a ser una bonificación variable cuyo importe se ve reducido por la cuota íntegra del IGF.

Por su parte, en Andalucía es el contribuyente el que opta por reducir o no la bonificación autonómica mientras que en el caso de Cantabria se ha aprobado una nueva bonificación del 100% con efectos para el IP que se devengue en 2024 si bien la bonificación no resultará de aplicación si el patrimonio neto del contribuyente supera los 3.700.000€; de nuevo afectando a la recaudación del ITSGF. En otras Comunidades las medidas aprobadas han sido distintas como los casos de Baleares o

¹⁰⁶ Denuncian estos vicios con claridad, entre otros autores, ALMUDÍ CID, J.M.: “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas: Adecuación a la Constitución, los convenios para evitar la doble imposición y el Derecho de la Unión Europea”, *AEDAF, Paper* 21, 2023; ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, Núm. 1, 2023 o GARCÍA NOVOA, C.: “Los visos de inconstitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (Impuesto de solidaridad)”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, Núm. 1, 2023, ORÓN MORATAL, G., “El dudoso devengo del impuesto temporal de las grandes fortunas”, *Cinco Días*, 3 de marzo de 2023 o VARONA ALABERN, J.E. y ARRANZ DE ANDRÉS, C.: “Análisis crítico del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (ITSGF)”, *Nueva Fiscalidad*, Núm. 1, 2023, entre otros.

¹⁰⁷ Coincidimos con HERNÁNDEZ GUIJARRO en que “*el ITSGF pasará a la historia del Derecho Tributario como el tributo más estrambótico y difícil de asumir en términos de lógica y razón jurídica*” (Cfr. GUIJARRO HERNÁNDEZ, F.: “La (in)constitucionalidad del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas (STC 149/2023, de 7 de noviembre)”, cit., pág. 1413) En cuanto a esta supuesta temporalidad, que se proclamaba en su artículo 3, le ha faltado tiempo al Ejecutivo para prorrogar este impuesto y encima lo hace, a través de un Decreto-Ley con la excusa de “*en tanto no se produzca la revisión de la tributación patrimonial en el contexto de la reforma del sistema de financiación autonómica*” que el mismo Ejecutivo está entorpeciendo.

Murcia en las que se ha aprobado, con distinta fecha de entrada en vigor, un incremento del mínimo exento en el IP para equipararlo al umbral de mínimo exento del IGF.

Como el fin último del Estado es la armonización de la tributación del patrimonio de los contribuyentes con un patrimonio neto superior a 3 millones de euros, las implicaciones serán distintas en función de la normativa aplicable en cada Comunidad autónoma.

2. Beneficios fiscales de las Comunidades en el ISD

Se trata de un Impuesto directo cedido a las Comunidades autónomas, en el que los elementos que condicionan la liquidación de este impuesto son la masa hereditaria, el grado de parentesco, el patrimonio preexistente, las posibles reducciones, deducciones y las bonificaciones, así como la tarifa a aplicar. Como señalamos con anterioridad la recaudación del ISD está cedida a las Comunidades autónomas que, conforme al actual modelo de financiación tienen competencia normativa para regular¹⁰⁸:

En primer término, pueden crear reducciones propias de la base imponible si responden a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad autónoma, pueden mantener las del Estado o mejorarlas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción.

En segundo lugar, pueden ampliar las personas que puedan acogerse a ella o la disminución de los requisitos para poder aplicar la exención aplicable a la Empresa familiar. En general todas las Comunidades han incrementado las reducciones por parentesco¹⁰⁹ fundamentalmente para los grupos familiares más directos (Grupos I y II), con especial protección al menor. Respecto a la reducción del 95% de Empresa familiar, una gran mayoría la ha incrementado al 99%. También las Comunidades autónomas pueden modificar la tarifa del impuesto, así como las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente¹¹⁰. De acuerdo con la normativa estatal este coeficiente se sitúa entre 1 y 2,4 en función de la cuantía del patrimonio preexistente –por tramos– y de los grupos de parentesco. Algunas Comunidades autónomas en ejercicio de su competencia normativa ha introducido modificaciones en los coeficientes aplicables¹¹¹.

¹⁰⁸ Se trata de una cuestión de la que se ocupó, en su momento, CARBAJO NOGAL, C.: “La potestad reguladora de las comunidades autónomas en materia del ISD y su reflejo en las transmisiones de Empresas familiares”, *Pecunia*, Núm. 12, 2011, págs. 149-190.

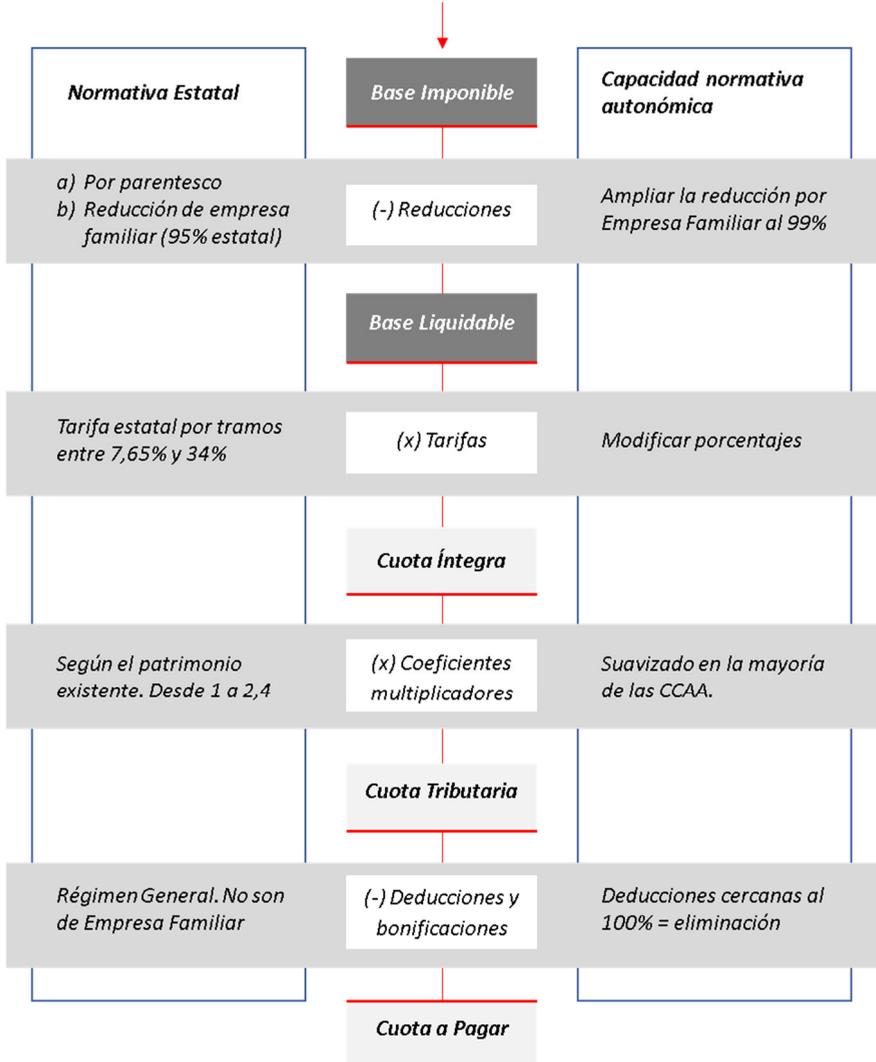
¹⁰⁹ Grupo I: descendientes y adoptados menores de 21 años.
Grupo II: descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes.
Grupo III: colaterales de segundo grado (hermanos) y tercer grado (sobrinos, tíos), y ascendientes y descendientes por afinidad.
Grupo IV: colaterales de cuarto grado (primos), grados más distantes y extraños.

¹¹⁰ El coeficiente multiplicador que se aplica al patrimonio preexistente del sujeto pasivo no se aplica en los tres territorios del País Vasco y Navarra.

¹¹¹ Así, por ejemplo, en Galicia los coeficientes resultan neutros para los grupos I y II al ser 1 independientemente de su patrimonio. En Baleares se suavizan los coeficientes en sucesiones para grupo III, los mantiene para donaciones si bien con otros grupos de parentesco y en Asturias los coeficientes para el grado I se sitúan entre 0 y 0,04. Se han modificado

Por último, las Comunidades autónomas pueden establecer deducciones y bonificaciones de la cuota que tienen carácter general y son utilizadas por la mitad de ellas.

MASA HEREDITARIA



Fuente: Mapa autonómico de la Fiscalidad de la EF 2024.

Pues bien, conforme a la actuación que han llevado a cabo las diferentes Comunidades autónomas cabe resumir, en lo que afecta a la Empresa Familiar que el Impuesto de

levemente las cuantías del patrimonio en la Comunidad Valenciana (por reducción) y en Cantabria y Madrid (por redondeo).

Sucesiones queda prácticamente suprimido en once de las diecisiete Comunidades autónomas de régimen común manteniéndose únicamente en Aragón, Asturias, Cataluña, Galicia, Navarra y Castilla La Mancha.

Entre las actuaciones que han realizado las Comunidades autónomas muchas de ellas han decidido aplicar una reducción en la base imponible por Empresa Familiar del 99% y hasta el 100%. en Navarra. Solo las tres provincias vascas lo mantienen al 95%.

Respecto de la reducción de parentesco las únicas Comunidades autónomas que mantienen la reducción estatal de 15.956,87 euros en idéntico importe son las de Aragón, Castilla La-Mancha, La Rioja y la Región de Murcia. Por su parte, Madrid tiene una reducción por parentesco, pero es de 16.000 euros.

La mayoría de ellas establecen una bonificación en cuota que varía entre el 0 al 100%. Por ejemplo, en Cantabria o Baleares es del 100% en Cantabria y Baleares, en Canarias del 99,9% y del 99% en Madrid, Murcia, La Rioja, Extremadura, Andalucía, Comunidad Valenciana y Castilla y León. En función de los importes varía entre el 80-100% en La Rioja y Castilla La Mancha y puede alcanzar el 60% en Cataluña. En el resto no se aplican bonificaciones en cuota.

Otro de los cambios que han llevado a cabo distintas Comunidades autónomas es modificar los requisitos para la definición de la Empresa Familiar; este es el caso del porcentaje de participación en el capital exigido a los miembros del grupo familiar que, si bien con carácter general en la normativa estatal era del 20%, en Aragón se computa el 10% y en Galicia el 50%.

En otras muchas, se ha ampliado la referencia del grupo familiar que tiene que alcanzar el porcentaje del 20% para facilitar la transmisión intergeneracional¹¹²; por último, también se ha reducido el plazo de mantenimiento de las participaciones en la empresa familiar se ha reducido de 10 a 5 años (e inclusive a 3 años) prácticamente en todas las Comunidades autónomas¹¹³. En muchas también se ha ampliado la referencia del grupo familiar que tiene que alcanzar el porcentaje del 20% para facilitar la transmisión intergeneracional de forma que, si bien con carácter general computan sólo el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, en varias Comunidades autónomas se ha ampliado el grupo familiar hasta sobrinos y tíos (tercer grado); y hasta primos (cuarto grado) en Aragón, Castilla y León, La Rioja, Murcia, Álava y Guipúzcoa. Andalucía y Galicia lo han incrementado hasta el sexto grado.

Resumimos las medidas en la siguiente tabla que evidencia las diferencias entre las distintas Comunidades autónomas:

¹¹² Si bien con carácter general computan sólo el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos se ha ampliado hasta sobrinos y tíos (3^{er} grado) en Aragón, Canarias, Castilla León, Cataluña, Galicia, la Rioja y Murcia y hasta primos (4^o grado) en Aragón, Castilla y León, La Rioja y Murcia. Andalucía y Galicia lo han incrementado este año hasta el 6^o grado.

¹¹³ Excepto en Extremadura que mantiene el plazo de 10 años, siendo Andalucía la que aplica 3 años al plazo de mantenimiento.

	Reducción de Empresa familiar	Bonificación En cuota	Plazo para mantener acciones	Porcentaje participación familiar	Beneficiarios de la familia Hasta
Andalucía	99%	99%	3 años	20%	3 ^{er} grado
Aragón ¹¹⁴	99%	0%	5 años	10%	3 ^{er} grado
Asturias ¹¹⁵	99%	0%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Baleares ¹¹⁶	95%	100%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Canarias ¹¹⁷	99%	99,90%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Cantabria ¹¹⁸	99%	100%	5 años	20%	4 ^o grado
Castilla-La Mancha	99%	80% -100%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Castilla y León		99%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Cataluña	95%	0%	5 años	20%	3 ^{er} grado
C. Valenciana ¹¹⁹	99%	99%	5 años	20%	3 ^{er} grado

¹¹⁴ Se introduce una nueva bonificación del 99% de la cuota tributaria en las adquisiciones mortis causa por descendientes del causante menores de 21 años.

¹¹⁵ Se establece, con efectos desde el 1 de enero de 2024, una tarifa más reducida que resulta aplicable a las donaciones realizadas a favor del cónyuge, descendientes, adoptados, ascendientes y adoptantes, cuando el patrimonio del donatario a la fecha de la donación no sea superior a 402.678,11 euros, con exclusión de la vivienda habitual. Así, por ejemplo, para las donaciones hasta 150.000€ se aplica un tipo del 2%.

¹¹⁶ Con la Ley 11/2023, ya mencionada, con efectos desde el 18 de julio de 2023, se incorpora una bonificación del 100% de la cuota íntegra del ISD que resulta aplicable en las adquisiciones por causa de muerte por parte de los descendientes, el cónyuge y los ascendientes del causante. Dicha medida implica que no exista tributación en el impuesto sobre sucesiones.

¹¹⁷ A través del Decreto-ley 5/2023, de 4 de septiembre, por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del Impuesto sobre sucesiones y donaciones. («BOE» núm. 277, de 20 de noviembre de 2023). cuya entrada en vigor se produjo desde el 6 de septiembre de 2023, se establece en el ISD una bonificación del 99,9% de la cuota tributaria sin que resulte aplicable ninguna limitación en función de su importe. Los beneficiarios de esta medida serán los siguientes:

- a) En las adquisiciones mortis causa la bonificación del 99,9% resulta aplicable por parte de los contribuyentes incluidos en los grupos I, II y III (no sólo el cónyuge, descendientes o ascendientes del causante sino también los hermanos y sobrinos del causante).
- b) En las donaciones o demás transmisiones inter vivos la bonificación del 99,9% será aplicable por los contribuyentes incluidos en los grupos I y II (cónyuge, descendientes o ascendientes del donante). E este caso se exige, con carácter general, que la donación se documente en escritura pública.

¹¹⁸ Se incluye, con efectos desde 1 de enero de 2024, una bonificación en la cuota, del 50% cuando el beneficiario de una adquisición mortis causa sea colateral de segundo grado por consanguinidad (hermano). Recordemos que para los familiares más próximos del causante (cónyuge, ascendientes y descendientes) resulta aplicable una bonificación del 100% y que, por tanto, no existe ninguna tributación por estas adquisiciones.

¹¹⁹ La Ley 6/2023, de 22 de noviembre, de modificación de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y

Extremadura ¹²⁰	99%	99%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Galicia	99%	0%	5 años	50%-20%	3 ^{er} grado
La Rioja ¹²¹	99%	99%	5 años	20%	4 ^º grado
Madrid	95%	99%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Murcia	99%	99%	5 años	20%	4 ^º grado
Navarra	100'16	0%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Álava	95%	0%	5 años	20%	4 ^º grado
Vizcaya	95%	0%	5 años	20%	3 ^{er} grado
Guipúzcoa	95%	0%	5 años	20%	4 ^º grado

Fuente: Elaboración propia.

Por último, en lo que respecta al Impuesto de Donaciones está prácticamente suprimido en varias Comunidades autónomas, bien por la aplicación de una reducción en la base imponible por la Empresa familiar es en general del 99%, o una bonificación en cuota que puede llegar al 100% como ocurre en el caso de Navarra. Asimismo, también se reduce la edad del donante de 65 a 60 años en Baleares, Comunidad Valenciana, Navarra, Álava y Guipúzcoa. En la mayoría de las Comunidades autónomas se reduce el plazo de mantenimiento de la empresa a 5 años –prácticamente en todas ellas salvo Madrid y Castilla y León¹²² que lo mantienen en 10 años– e incluso en Andalucía se baja a 3 años. En cuanto al grado de parentesco de quienes pueden aplicarse la reducción en este impuesto muchas de las Comunidades autónomas lo amplían al tercer grado e incluso al cuarto en el caso de Cantabria, Rioja, Murcia y Guipúzcoa.

restantes tributos cedidos, por lo que se refiere al Impuesto de Sucesiones y Donaciones («BOE» Núm.310, de 28 de diciembre de 2023). aprueba, con efectos desde el 28 de mayo de 2023, una bonificación del 99% aplicable en las adquisiciones mortis causa e inter vivos por parte por parte de los descendientes, el cónyuge y los ascendientes del causante/donante.

¹²⁰ A través de la Ley 1/2024 de 5 de febrero de Presupuestos Generales de la Comunidad autónoma de Extremadura para 2024, («BOE» Núm. 45 de 20 de febrero de 2024) y con efectos desde 1 de enero de 2024 se introduce una reducción personal de 500.000€ en las adquisiciones mortis causa realizadas por descendientes, ascendientes y cónyuge del causante. Recordemos que esta reducción es compatible con la bonificación del 99% aplicable en las adquisiciones mortis causa realizadas por los indicados parientes.

¹²¹ Con la Ley 2/2024, de 7 de febrero, de bonificación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones («BOE» Núm. 44 de 19 de febrero de 2024) y con efectos desde el 9 de febrero de 2024, se ha aprobado la aplicación de una bonificación del 99% de la cuota del ISD respecto a las adquisiciones mortis causa e inter vivos por parte de descendientes, cónyuge, y ascendientes.

¹²² Sobre esta Comunidad autónoma en concreto puede verse GONZÁLEZ APARICIO, M.: “Fiscalidad de la transmisión de la empresa familiar en Castilla y León”, *La atención a la juventud en el sistema tributario. Medidas fiscales de apoyo directo o indirecto al colectivo joven*, CUBERO TRUYO, A., y TORIBIO BERNÁLDEZ, L.:(Dir.) Tirant Lo Blanch, 2024, págs. 347 y ss.

REQUISITOS EMPRESA FAMILIAR				DERECHO A REDUCCIÓN		
Reducción Empresa Familiar	Bonificación en cuota	Mantenimiento de la Empresa Familiar	% participado del grupo familiar	Se considera la propiedad hasta:	Edad del donante para acceder a la reducción	Beneficiarios de la familia hasta:
Andalucía	99%	3 años	20%	6º grado	65	3º grado
Aragón	99%	5 años	20%	2º grado	65	Cónyuge y descendientes
Asturias	99%	5 años	20%	2º grado	65	3º grado
Baleares	99%	5 años	20%	2º grado	60	Cónyuge y descendientes
Canarias	99.90%	5 años	20%	3º grado	65	Cónyuge y descendientes
Cantabria	99%	5 años	20%	2º grado	65	4º grado
Castilla-La Mancha	99%	5 años	20%	2º grado	65	Cónyuge y descendientes
Castilla y León	99%	10 años	20%	2º grado	65	Cónyuge y descendientes
Cataluña	95%	5 años	20%	3º grado	65	3º grado
C. Valenciana	99%	5 años	20%	2º grado	60	Cónyuge y descendientes
Extremadura	99%	5 años	20%	3º grado	65	3º grado
Galicia	99%	5 años	50%	6º grado	65	3º grado
La Rioja	99%	5 años	20%	4º grado	65	4º grado
Madrid	95%	10 años	20%	2º grado	65	Cónyuge y descendientes
Murcia	99%	5 años	20%	4º grado	65	4º grado
Navarra	100.96%	5 años	20%	2º grado	60	3º grado
Álava	95%	5 años	20%	4º grado	60	Cónyuge y descendientes
Vizcaya	95%	5 años	20%	2º grado	65	Cónyuge y descendientes
Guipúzcoa	95%	5 años	20%	4º grado	60	4º grado

Fuente: AEAT e INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR: Mapa autonómico de la fiscalidad de la Empresa Familia, 2024.

A la vista de todo lo expuesto, resulta claro la labor realizada por las diferentes Comunidades autónomas en este impuesto. En general, han querido favorecer todavía más la transmisión de las Empresas familiares como acicate a una de las entidades que garantizan su progreso económico.

Estos potentes incentivos fiscales, que se van mimetizando en cada vez mayor número de Comunidades autónomas resultan especialmente relevantes para las familias empresarias que encuentran en aquellos territorios que tienen una fiscalidad más beneficiosa un ecosistema favorable para el crecimiento de sus empresas y el mantenimiento de las mismas dentro del grupo familiar; por el contrario, esta competencia fiscal a la baja está generando serios problemas al Estado partidario, cada vez más, de una armonización fiscal entre todas las Regiones para eliminar las diferencias sustantivas actualmente existentes respecto de los beneficios fiscales aplicables en ambos impuestos y acotar el dumping fiscal que ello produce¹²³.

V. REFLEXIONES FINALES

No es fácil aceptar la competencia fiscal entre los distintos territorios que, desde una visión simplista deberían actuar en materia tributaria garantizando la neutralidad en el tratamiento de las Empresas familiares en parámetros de igualdad entre los sujetos pasivos a la hora de tributar en los diferentes impuestos con independencia del lugar donde lleven a cabo su actividad empresarial. No obstante, estamos en un sistema mucho más complejo en el que estas distorsiones fiscales¹²⁴ están justificadas desde el reconocimiento de la autonomía fiscal a las Comunidades autónomas principio que enmarca nuestro sistema autonómico y que les permite, entre otras cosas, utilizar sus competencias normativas, pactadas en los sucesivos modelos de financiación para modificar algunos elementos de los impuestos cedidos con el resultado que hemos visto.

Como ya he mantenido en alguna oportunidad, la autonomía financiera que se reconoce a las Comunidades autónomas introduce inevitablemente una cierta dosis de desigualdad que, no obstante, no resulta constitucionalmente ilegítima si no se atenta contra la razonabilidad y proporcionalidad que exige el cumplimiento del principio de igualdad tributaria¹²⁵. Nuestra Carta Magna no contempla, en ningún caso, la completa

¹²³ Esta situación en nuestro modelo fiscal autonómico se denuncia tempranamente por RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “Constitución española y financiación autonómica”, *La financiación autonómica* (PAU VALL, F (Coord.), Ed. Tecnos, 2010, pág. 42.

¹²⁴ El Tribunal Constitucional justifica las mismas introduciendo matices importantes en la interpretación del contenido del artículo 139.1- de la CE cuando garantiza que “*todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio*”, señalando, entre otras en sus Sentencias 37/1981, de 16 de noviembre de 1981, 46/1991, de 28 de febrero de 1991 y 14/1998, de 22 de enero de 1998, que “*no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que en cualquier parte del territorio se tengan los mismos derechos y obligaciones*”.

¹²⁵ En resumidas cuentas, y como ha defendido el máximo intérprete de la Constitución en numerosas ocasiones –entre otras en su Sentencia 96/2002, de 25 de abril de 2002– “*lo que no le es dable al legislador –desde el punto de vista de la igualdad como garantía básica del sistema tributario– es localizar en una parte del territorio nacional, y para un sector o*

uniformidad en el tratamiento fiscal que las Comunidades autónomas han de dar a sus ciudadanos –en lo que nos ocupa, en calidad de contribuyentes– y las diferencias que se observan en esta concreta cuestión, como en otras, son el fruto inexcusable del reconocimiento de su autonomía financiera que conlleva la diversidad o pluralidad normativa que acabamos de ver¹²⁶.

El problema que aquí se suscita es hasta dónde puede llevarse esta diversidad o pluralidad, hasta dónde es admisible la desigualdad personal y territorial de los contribuyentes sobre todo cuando afecta a los grandes impuestos generales sobre el patrimonio o sobre la renta –IP o ISD– que, no lo olvidemos, vertebran el sistema tributario y mediante los cuales se persigue la personalización del gravamen y el justo reparto de la carga fiscal según la capacidad económica¹²⁷.

La aprobación del nuevo ITSGF no deja de ser una repuesta por parte del Estado a esta pregunta, abonando una búsqueda de armonización y uniformidad que no pasa en absoluto desapercibida y que no ha gustado a las Comunidades autónomas que lo han interpretado como una cortapisa a las decisiones que toman avaladas por su autonomía financiera. El problema de fondo, que no es pequeño, es que las cosas deben hacerse bien y no de una forma precipitada que obligue a cuestionarse la bondad de la solución aportada, en este caso, a la disparidad de trato en el IP.

En el caso concreto que nos ocupa, parece lógico que las Comunidades autónomas quieran favorecer la sucesión empresarial en un modelo de empresa que genera un fuerte arraigo con el territorio y aboca a las Comunidades autónomas a sentirlas como propias dándoles el mejor tratamiento posible. Curiosamente la reticencia de las Empresas familiares a la deslocalización de su lugar de origen puede provocar que los empresarios familiares, como me consta, sientan tremendamente estas discriminaciones fiscales dentro de España, tomando clara conciencia de las mismas especialmente a la hora de la sucesión empresarial que en un caso extremo , y si no existe la necesaria sensibilidad por parte del legislador autonómico, puede complicarse en exceso, llegando desde a la descapitalización de la empresa, o incluso, y esto es preocupante, a producir la renuncia a la misma por parte de las generaciones posteriores.

De ahí que, poco a poco, desde el arraigado convencimiento que tienen los poderes públicos de la necesidad de apoyar la transmisión generacional de la Empresa familiar por lo que representa, las Comunidades autónomas tiendan a mimetizar los beneficios fiscales que cada una de ellas va adoptando en favor de este tipo de empresas, con el fin de garantizarles el mejor tratamiento fiscal que abunde en su arraigo y continuidad

grupo de sujetos, un beneficio tributario sin una justificación plausible que haga prevalecer la quebra del genérico deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos sobre los objetivos de redistribución de la renta (artículo 131.1 de la Constitución) y de solidaridad (artículo 138.1), que la Constitución española propugna y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho”.

¹²⁶ Cfr. BLASCO DELGADO, C., y MATA SIERRA, M.T.: “La dimensión *autonómica* del principio de igualdad”, *La financiación autonómica* (PAU VALL, F. (Coord.), Ed. Tecnos, 2010, págs. 156 y ss.

¹²⁷ STC 182/1997, FL Noveno.

en el territorio de que se trate y de paso en la continuidad de la actividad empresarial en las siguientes generaciones.

En todo caso, y visto lo visto, queda aún camino por recorrer y no solo en el ámbito autonómico, siempre cambiante, sino también en el estatal en el que los impuestos que les afectan, IP o ISD, llevan cuestionados por múltiples razones decenas de años y sometidos a vaivenes que, por cierto, no generan certidumbre a los empresarios familiares.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*. Editorial Tecnos. Madrid 2010.
- ALMUDÍ CID, J.M.: “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas: Adecuación a la Constitución, los convenios para evitar la doble imposición y el Derecho de la Unión Europea”, *AEDAF, Paper*, 21, 2023.
- ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, Núm. 1, 2023.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P.: “Adquisición de empresa familiar mediante pactos sucesorios con eficacia de presente: problemática actual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”, *Revista Quincena Fiscal* Núm. 3, 2021 parte Estudios, BIB 2021\125.
- ANTONIO ALONSO, M.: “Retribución a administradores, ¿siempre deducibles?”, *Economist & Jurist*, Núm. 129, 2009.
- BARROSO, A.; SANGUINO, R. y BAÑEGIL, T.: “Diferentes criterios del concepto de empresa familiar. Una aportación desde Extremadura, España”. *Ide@s Concyteg*, Núm. 7, 2012.
- BLASCO DELGADO, C. y MATA SIERRA, M.T.: “La dimensión autonómica del principio de igualdad”, *La financiación autonómica* (PAU VALL, F. (Coord.), Ed. Tecnos, 2010.
- BORRACHINA JUAN, E.: “La deducción fiscal de la retribución de los administradores de sociedades mercantiles”, *Consell obert*, Núm. 249, 2010.
- CAAMAÑO ANIDO, M.A.: “La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y la retribución de los administradores”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 8, 2011.
- CADENAS OSUNA, D.: *La transmisión mortis causa de la empresa familia. Análisis de la reducción de la base imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*. Madrid, Ed. Dykinson, 2020.
- CALVO VERGEZ, J.: *Régimen fiscal de la Empresa familiar*, Thomson-Aranzadi, 2006.
- CARBAJO NOGAL, C.: “La potestad reguladora de las comunidades autónomas en materia del ISD y su reflejo en las transmisiones de Empresas familiares”, *Pecvnia*, Núm. 12, 2011.
- CAYÓN GALIARDO, A.: “La Empresa familiar como objeto de protección en nuestro derecho interno y comparado”, *La fiscalidad de la Empresa familiar*. Monografías AEDAF, Núm. 15, 2000.

- COLAO MARÍN, P.A.: “El tratamiento de la Empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio I”, *Revista Impuestos*, Núm. 5, 2007.
- DE AGUIAR, E.: *Beneficios fiscales en la Empresa familiar: Patrimonio y Sucesiones*, La Caixa, Barcelona, 1998.
- DE JUAN CASADEVALL, J.: *El Estatuto fiscal de la Empresa familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- DE JUAN CASADEVALL, J.: “La exención de empresa familiar en el Impuesto sobre el patrimonio: el empresario individual”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Núm. 190, 2021.
- DE JUAN CASADEVALL, J.: “El concepto jurídico-tributario de Empresa Familiar”, *El Estatuto fiscal de la Empresa Familiar*, Monografías, Aranzadi, 2021, BIB 2021/4839.
- DELGADO GARCIA A.M.: “Aspectos fiscales de las PYME”, *Quincena Fiscal*, Núm. 7, 2024, BIB 2024/456.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La empresa familiar. su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra PRASA de Empresa Familiar*, Núm. 14, 2012.
- GARCÍA DíEZ, D.: “La fiscalidad (pluriconectada) de la donación del negocio familiar”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 13/202724 parte Estudios. BIB 2024/865.
- GARCÍA GÓMEZ, A.J.: “Sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales en el impuesto sobre sociedades”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Núm. 182, 2019, BIB 2019/5988.
- GARCÍA SPÍNOLA, L.: “Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: aplicación de la reducción del 95% en la adquisición de empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en entidades”, *Consejo General de Economistas*, 2013.
- GIL MACÍA, L.: “Principales deficiencias del marco fiscal de la empresa familiar: una reforma necesaria”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 20, 2018 parte Estudios, BIB 2018/13659.
- GONZÁLEZ APARICIO, M.: “Fiscalidad de la transmisión de la empresa familiar en Castilla y León”, *La atención a la juventud en el sistema tributario. Medidas fiscales de apoyo directo o indirecto al colectivo joven*, CUBERO TRUYO, A., y TORIBIO BERNÁLDEZ, L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, 2024.
- GUIJARRO HERNÁNDEZ, F.: “La (in)constitucionalidad del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas (STC 149/2023, de 7 de noviembre)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 20, febrero 2024.
- INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR (IEF): *Mapa autonómico de la fiscalidad de la Empresa Familia*, 2024. <https://www.iefamiliar.com>
- LUCHENA MOZO, G.M.: *Fiscalidad de la Empresa familiar*, Atelier, Barcelona, 2007.
- MARÍN BENÍTEZ, G.: “Los consejeros ejecutivos en el Derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios y Casos Prácticos*, Núm. 354, 2012.
- MONTESINOS OLTRA, S.: “La afectación de activos financieros a efectos del régimen fiscal de la empresa familiar: un enfoque discutible del Tribunal Supremo” *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 12, 2023 parte Estudios BIB 2023/1576.
- ORÓN MORATAL, G.: “El dudoso devengo del impuesto temporal de las grandes fortunas”, *Cinco Días*, 3 de marzo de 2023.

- PÉREZ, A. y GISBERT, V.: *Problemáticas en la sucesión de la Empresa familiar*. 3C Empresa, Investigación y pensamiento crítico, 2012.
- PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.: *La Empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, 4.ª ed., CISS, Las Rozas (Madrid), 2022.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “Constitución española y financiación autonómica”, *La financiación autonómica*, PAU VALL, F. (Coord.), Ed. Tecnos, 2010.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *Cuestiones tributarias de la Empresa familiar*. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ MANZANO, J.D.: “La reducción por adquisición de empresa en el Impuesto sobre Donaciones. Un análisis del foco interpretativo predominante y la irrelevancia práctica en su terreno de la teoría del vínculo en contraste con lo que acaece en el Impuesto sobre sociedades”, *Revista Quincena Fiscal*, Núm. 19, 2020, BIB 2020\36637.
- VARONA ALABERN, J.E. y ARRANZ DE ANDRÉS, C.: “Análisis crítico del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (ITSGF)”, *Nueva Fiscalidad*, Núm. 1, 2023.

CITACIÓN ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO

Electronic citation in the Brazilian Civil Procedural Code

Daniel Roberto Hertel

Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil
Universidad Vila Velha
Profesor de Derecho Procesal Civil de la Escuela de la Magistratura
del Espírito Santo
danielhertel@terra.com.br

Recibido: 12/11/2024 – Aceptado: 27/11/2024

Resumen

Aborda los diversos aspectos relacionados con esta modalidad de citación, introducida por el Legislador a través de la Ley n.º 14.195/21. Aclara que la citación electrónica ha pasado a ser la modalidad preferencial, mencionando además las personas que pueden ser citadas electrónicamente. También se discuten las herramientas para la citación electrónica, así como aspectos relativos a la validez de la citación electrónica y a la posibilidad de aplicar los efectos de la rebeldía. Asimismo, se tratan los plazos procesales relativos a la citación electrónica y su aplicación en los procesos de conocimiento y de ejecución, así como en la fase de cumplimiento de sentencia, cuando la necesidad de citación del ejecutado es exigida por el Legislador.

■ **Palabras clave:**
Citación electrónica;
Código de Proceso Civil
Brasileño; Reforma
procesal;
Ley n.º 14.195/21

■ **Keywords:**
Electronic citation; Brazilian
Civil Procedural Code;
Procedural reform;
Law n. 14.195/21

Abstract

It addresses the various aspects related to the referred modality of citation, inserted by the Legislator of Law n. 14.195/21. It clarifies that electronic citation is now adopted as the preferred modality, also mentioning people who can be cited electronically. Tools for electronic citation were also addressed, as well as aspects related to the validity of electronic citation and the possibility of applying the effects of default. The procedural deadlines related to electronic citation and its application in the knowledge and enforcement processes were addressed, as well as in the sentence fulfillment phase, when the need for citation of the debtor is required by the Legislator.

1. Introducción – 2. Citación electrónica como modalidad preferencial y confirmación o no de su recepción – 3. Personas que pueden ser citadas de forma electrónica y deber de información sobre las direcciones electrónicas – 4. Mecanismos y herramientas para la citación electrónica – 5. Citación electrónica válida, rebeldía e inexistencia de nulidad sin perjuicio – 6. Necesidad de regulación por el Consejo Nacional de la Justicia – 7. Plazos y citación electrónica – 8. Aplicación en los procesos de conocimiento, ejecución y cumplimiento de sentencia – 9. ¿Futuro o presente? Proceso electrónico y citación electrónica – 10. Consideraciones finales – Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La citación es un acto mediante el cual se convoca al demandado, al ejecutado o a la parte interesada para integrar la relación jurídica procesal. Trata de uno de los actos procesales de mayor importancia, ya que es a través de ella que se triangulará la relación jurídica que se desarrollará en el proceso.

En este sentido, en Brasil, el Superior Tribunal de Justicia ha aclarado que el acto de citación tiene como propósito constituir la relación procesal triangular y conferir al demandado la oportunidad de conocer la imputación inicial, así como ejercer su derecho de defensa¹.

Esa Corte Superior de Justicia también aclaró que la interposición de la demanda inicial constituye una relación jurídica procesal lineal, mientras que la citación tiene el efecto de triangularla, produciendo efectos para la parte demandada en el proceso².

Así, la citación es un presupuesto procesal y posibilita el ejercicio del derecho de defensa. Es relevante destacar que el defecto o la falta de citación, si el proceso transcurrió sin la participación del demandado, puede acarrear efectos graves para la concesión de la tutela jurisdiccional, con perjuicio para la parte demandada. No se puede olvidar que el principio del contradictorio tiene protección constitucional³.

Es un entendimiento consolidado que la nulidad o ausencia de citación, si el proceso transcurrió en rebeldía, genera el vicio procesal de mayor gravedad en el sistema procesal civil brasileño, siendo incluso autorizada la proposición de acción declaratoria autónoma (*querela nullitatis insanabilis*) para su reconocimiento. La gravedad del vicio se debe a la violación del principio del contradictorio, debiendo ser considerado también el riesgo de desperdicio de la actividad jurisdiccional con la práctica de actos procesales nulos⁴.

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, AREsp n. 1.577.494/SP, relator Ministro Francisco Falcão, juzgado 5-10-2021, DJe de 18-10-2021.

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, REsp n. 1.893.966/SP, relator Ministro Og Fernandes, juzgado 8-6-2021, DJe de 17-6-2021.

³ La constitucionalización del derecho procesal fue un gran divisor en la ciencia procesal. POSADA, GIOVANNI F. PRIORI. “La constitucionalización del derecho procesal”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 3, 2016.

⁴ El Superior Tribunal de Justicia ya ha establecido que la citación es indispensable para garantizar el contradictorio y la defensa amplia, siendo el vicio de nulidad de citación el

En la redacción original, el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 contempló cuatro modalidades de citación: a) por correo; b) por Oficial de Justicia; c) por el Escribano o Jefe de Secretaría; y d) por edicto (art. 246), siendo la primera de ellas, es decir, la citación por correo, establecida como la regla a ser adoptada (art. 247).

La citación por medio electrónico fue prevista en el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 en su redacción originaria, pero la poca eficacia del dispositivo era evidente debido a la previsión de que dicha modalidad de citación se daría según lo regulado por ley (art. 246, inc. V).

La Ley n.º 14.195, de 26 de agosto de 2021, promovió varias alteraciones en nuestro ordenamiento jurídico y, entre las diversas modificaciones, estableció que la citación electrónica es la modalidad preferente a ser adoptada en el proceso civil brasileño⁵. Las modificaciones son especialmente relevantes⁶ porque afectan un acto procesal directamente relacionado con el ejercicio del derecho de defensa, y el Legislador procuró detallar algunos aspectos de la citación electrónica.

Es importante señalar que la Ley n.º 14.195/21 es el resultado de la conversión de la Medida Provisional n.º 1.040, de 29 de marzo de 2021. En este contexto, debe

defecto procesal más grave en el sistema procesal civil brasileño. Esta Corte tiene un entendimiento consolidado en el sentido de que el defecto o la inexistencia de la citación opera en el plano de la existencia de la sentencia. Se caracteriza como vicio transrescisorio que puede ser suscitado en cualquier momento, incluso después de transcurrido el plazo para el ajuiciamiento de la acción rescisoria, mediante simple petición, por medio de acción declaratoria de nulidad (*querella nullitatis*) o impugnación al cumplimiento de la sentencia (art. 525, § 1º, I, del CPC/2015) (REsp 1930225/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, juzgado 08-06-2021, DJe 15-06-2021).

⁵ La doctrina brasileña destaca que “Com alterações em pontos específicos, objetivou-se promover o princípio da eficiência, tornando o procedimento jurisdicional civil mais sensível aos anseios buscados por dois critérios utilizados no Relatório Doing Business do Banco Mundial (execução dos contratos e resolução de insolvência)” (ZANETI JR., HERMES; ALVES, GUSTAVO SILVA, “Breves notas sobre as alterações do Código de Processo Civil pela Lei n. 14.195/2021: citação eletrônica, exibição de documento ou coisa e prescrição intercorrente”, *Revista de Processo*, vol. 330, 2022).

⁶ Ya fue destacado que “Considerando a característica dinâmica do Direito e o valor que o instituto da citação compreende no âmbito do processo, é essencial que o legislador esteja atento à evolução da sociedade e das relações sociais, especialmente aquelas relativas à comunicação dos atos processuais para compatibilizá-los à realidade. Assim, a citação por meio eletrônico representa um avanço do direito processual brasileiro, pois está alinhada ao movimento consolidado de informatização do processo, que propicia celeridade e economia processual. Nada obstante, essa inovação processual deve ser analisada com o necessário cuidado em relação ao princípio da segurança jurídica. A implementação da citação eletrônica deve ser feita para conferir efetividade à prestação jurisdicional sem violar o devido processo legal nem dificultar o acesso à Justiça. Caso contrário, a citação por meio eletrônico acabaria gerando nulidade processual por defeito da citação, o que iria na contramão do objetivo da sua implementação” (FERNANDES, EDUARDO METZKER; REZENDE, ELCIO NACUR, “A necessidade de aperfeiçoamento da citação eletrônica: uma abordagem à luz do devido processo legal sob a ótica do Direito Processual Civil contemporâneo”, *Revista de Processo*, vol. 334, 2022).

mencionarse que no ha pasado desapercibido por la doctrina especializada la inconstitucionalidad de las modificaciones por violación del debido proceso legislativo, argumentándose que el proyecto de conversión de la medida provisional trata de un tema ajeno a su alcance.

El vicio de inconstitucionalidad se hace más evidente cuando se considera que la nueva materia se refiere al Derecho Procesal Civil, que, como se sabe, no puede ser tratada mediante medida provisional (art. 62, §1º, inc. I, b, de la Constitución Federal)⁷.

A pesar de la relevancia de la discusión sobre la inconstitucionalidad de las modificaciones propuestas por el Legislador y las tesis planteadas, con las cuales concuerdo plenamente, el hecho es que la Ley 14.195/21 ya se encuentra en vigor y produciendo efectos. Por lo tanto, se pretende, en esta oportunidad, abordar los diversos aspectos de la citación electrónica, los cuales fueron delineados por el Legislador en la reforma realizada en el Código de Proceso Civil Brasileño (CPC), y sus posibles controversias.

2. CITACIÓN ELECTRÓNICA COMO MODALIDAD PREFERENCIAL Y CONFIRMACIÓN O NO DE SU RECEPCIÓN

El artículo 246 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que la citación será realizada preferentemente por medio electrónico. En este sentido, las demás modalidades de citación, como por correo, por Oficial de Justicia, por Escribano o Jefe de Secretaría, o por edicto, solo se emplearán en caso de que la citación electrónica sea frustrada. Esto ocurrirá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 246, § 1º-A, del Código de Proceso Civil Brasileño, cuando no se confirme el recibo de la citación electrónica dentro de un plazo de tres días hábiles.

La confirmación del recibo de la citación electrónica perfecciona el acto procesal, siguiendo a partir de ahí el procedimiento adoptado en el proceso, debiendo tomarse las medidas legales pertinentes. En el procedimiento común, por ejemplo, el demandado será citado e intimado para comparecer a la audiencia de conciliación y mediación, cuya disciplina está prevista en el artículo 334 del Código de Proceso Civil Brasileño.

En la ejecución para la entrega de cosa cierta basada en título extrajudicial, el deudor tendrá un plazo de quince días para cumplir con la obligación, lo que está en armonía con lo dispuesto en el artículo 806 del Código de Proceso Civil Brasileño.

Por otro lado, la falta de confirmación del recibo de la citación electrónica debe ser analizada con cautela por el Juez. Esto se debe a que dicha falta no puede ser utilizada de manera intencional y maliciosa por el demandado como forma de dilatar el desarrollo del proceso. Tal comportamiento constituye una violación típica del

⁷ La advertencia es de los profesores Paulo Henrique dos Santos Lucon y Cássio Scarpinella Bueno, respectivamente, Presidente y Vicepresidente del Instituto Brasileño de Derecho Procesal Civil (IBDP), que contribuye de manera significativa para la ciencia procesal no solo en Brasil, sino también en el extranjero. Disponible en: <http://direitoprocessual.org.br/manifestacao-do-ibdpsobre-a-lei-n-14195-de-26-de-agosto-de-2021.html>

principio⁸ de buena fe objetiva, recordando que el artículo 5° del Código de Proceso Civil Brasileño establece que quien participe de cualquier forma en el proceso debe comportarse de acuerdo con la buena fe.

Ha decidido el Superior Tribunal de Justicia que la citación del acusado constituye el acto procesal mediante el cual se perfecciona la relación jurídico-procesal, dando inicio al debido proceso legal sustancial. También se aclaró que el entendimiento del tribunal de origen está en consonancia con el de la Corte Superior, en el sentido de que, aunque no existe impedimento para realizar la citación a través de *whatsapp*, es imprescindible tener la certeza de que el receptor de los mensajes sea efectivamente la persona citada⁹.

Con el fin de evitar abusos¹⁰ en relación con la alegación de no recepción de la citación electrónica, el § 1°-B del artículo 246 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que el demandado citado por medio de otras modalidades de citación deberá presentar justa causa para la falta de confirmación del recibo de la citación electrónica.

Además, se debe mencionar que se considerará como un acto atentatorio contra la dignidad de la justicia la conducta de aquel que no confirme dentro del plazo legal, sin justa causa, el recibo de la citación electrónica, siendo susceptible de la imposición de una multa de hasta el cinco por ciento del valor de la causa (§ 1°-C del artículo 246 del Código de Proceso Civil Brasileño).

3. PERSONAS QUE PUEDEN SER CITADAS DE FORMA ELECTRÓNICA Y DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LAS DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

Una cuestión relevante se refiere a las personas que pueden ser citadas electrónicamente. Me parece que tanto las personas jurídicas de derecho público y privado, como las personas naturales, pueden ser citadas electrónicamente¹¹. Esta es la interpretación que concuerda con el objetivo del legislador de la reforma, que indiscutiblemente fue optimizar el desarrollo de la actividad procesal, primando por los principios de celeridad y economía procesal¹².

⁸ Recomiendo la excelente lectura sobre los principios procesales: OTEIZA, EDUARDO, “¿Principios procesales?”, *Revista de Processo*, vol. 311, 2021.

⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, AgRg no HC n. 840.886/ES, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, juzgado 29-4-2024, DJe de 3-5-2024.

¹⁰ Sobre los abusos en los procesos: OTEIZA, EDUARDO, “Abuso de los derechos procesales en América Latina”, *Revista de Processo*, vol. 95, 1999.

¹¹ Ya se ha mencionado que el empleo de medios tecnológicos, desarrollados gradualmente, es un punto común entre todas las áreas del conocimiento, incluyendo la Ciencia Jurídica y el Proceso. Poco a poco, el uso de herramientas tecnológicas, que se valen de investigación y conexión de datos, ha comenzado a ser adoptado, otorgando amplios beneficios a las relaciones procesales (NEVES, ALINE REGINA DAS; CAMBI, EDUARDO, “Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual”, *Revista dos Tribunais*, vol. 986, 2017, p. 87-110).

¹² Advertencia relevante es en el sentido de que las novedades derivadas de la informatización judicial, sin embargo, al mismo tiempo que transforman la dinámica contenciosa, crean nuevos problemas a ser enfrentados. Uno (de los principales) de ellos consiste en el

Debe destacarse que la dirección electrónica para fines de citación electrónica no será aquella indicada aleatoriamente por el demandante, sino únicamente la que haya sido proporcionada por el demandado, evidentemente en otros procesos judiciales o registrada en los datos de los sistemas de información del Poder Judicial.

El artículo 246, *caput*, del Código de Proceso Civil Brasileño es explícito al señalar que la citación será realizada por medio electrónico en las direcciones electrónicas indicadas por el citado en la base de datos del Poder Judicial. Esto evitará que direcciones electrónicas indicadas sin mayores criterios por el autor de la demanda sean utilizadas indebidamente¹³.

El artículo 246, § 1º, del Código de Proceso Civil Brasileño establece que las empresas públicas y privadas deberán mantener un registro en los sistemas de procesos de autos electrónicos, para efectos de recibir citaciones y notificaciones. En el § 5º del mismo artículo se dispone que las microempresas y pequeñas empresas, cuando no cuenten con dirección electrónica registrada en el sistema integrado de la Red Nacional para la Simplificación del Registro y la Legalización de Empresas y Negocios, deberán cumplir con la misma regla prevista para las demás empresas públicas y privadas. En otras palabras, deberán mantener un registro en el sistema de procesos de autos electrónicos.

Asimismo, el artículo 77, inciso VII, del Código de Proceso Civil Brasileño, introducido por la reforma, establece que es deber de las partes, de sus procuradores y de todos aquellos que de alguna manera participen en el proceso informar y mantener actualizados sus datos registrales ante los órganos del Poder Judicial, para la recepción de citaciones y notificaciones.

Cabe señalar que la norma no hace ninguna excepción respecto a personas naturales o jurídicas. En cualquier caso, el incumplimiento de este deber de informar y mantener actualizados los datos registrales no constituye un acto atentatorio contra la dignidad de la justicia, ya que el inciso VII del artículo 77 no se menciona en los §§ 1º y 2º de dicho dispositivo.

En relación con el tema, el Superior Tribunal de Justicia interpretó que la Ley n.º 14.195/2021, al modificar el art. 246 del Código de Proceso Civil Brasileño para prever la posibilidad de citación por medios electrónicos, específicamente mediante el envío a la dirección de correo electrónico registrada por la parte, estableció un procedimiento detallado de confirmación y validación de los actos de comunicación.

fenómeno de la exclusión digital (ROCHA, HENRIQUE DE MORAES FLEURY DA, “Garantias Fundamentais do processo brasileiro sob a ótica da informatização judicial”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 5, 2017, p. 85-127).

¹³ La doctrina de calidad ya había esclarecido que con respecto a la citación electrónica, la exigencia de un registro previo reduce la utilidad de la herramienta, que solo tendría condiciones de funcionar para los litigantes 'contumaces' (y el art. 6º se encargó de mencionar expresamente al más notorio de ellos: la Fazenda Pública). La persona física o jurídica que nunca litigó y nunca se registró en el portal virtual del tribunal, por obvedad, no podría ser citada electrónicamente (SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA, “Problemas atuais do processo civil eletrônico e projeto de novo CPC”, *Revista dos Tribunais*, vol. 1, 2013, p. 69-83).

La implementación efectiva de este sistema requiere, entre otros aspectos, la existencia previa de una base de datos adecuada que reúna las direcciones electrónicas de las personas a ser citadas. En el caso analizado, quedó demostrado que el sistema de citación por medios electrónicos aún no está completamente implementado en el tribunal de origen y que la persona a ser citada no cuenta con una dirección de correo electrónico registrada en la base de datos correspondiente¹⁴.

4. MECANISMOS Y HERRAMIENTAS PARA LA CITACIÓN ELECTRÓNICA

El legislador de la reforma propiciada por la Ley n. 14.195/21 no especificó los mecanismos y las herramientas que podrán ser utilizadas para la citación electrónica. Además, delegó el detalle de la citación electrónica a la regulación del Consejo Nacional de Justicia. Esta opción es acertada dada la constante y acelerada evolución de las tecnologías, las herramientas de comunicación y las redes sociales.

No obstante, me parece que, desde una visión moderna y orientada a la efectividad del proceso, la citación electrónica debería admitirse a través de correo electrónico, *whatsapp*¹⁵, sms, redes sociales, entre otros mecanismos¹⁶. Es claro que el uso de redes sociales con fines de citación electrónica debe realizarse con cautela, evitando la exposición del citado mediante mensajes públicos que puedan ser accedidos por diversas personas.

A propósito, la Resolución n. 354, del 19 de diciembre de 2020, del Consejo Nacional de Justicia, aunque promulgada antes de la reforma procesal realizada por la Ley n. 11.495/21, establece en su artículo 9º, párrafo único, que quien solicite la citación o intimación deberá proporcionar los datos necesarios para la comunicación electrónica a través de aplicaciones de mensajería, redes sociales y correo electrónico (e-mail), salvo que no sea posible hacerlo.

¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, AgInt no AREsp n. 2.417.241/SP, relator Ministro Marco Buzzi, juzgado 23-4-2024, DJe de 3-6-2024.

¹⁵ El Superior Tribunal de Justicia ya ha establecido el entendimiento de que es posible imaginar el uso de WhatsApp para fines de citación en el ámbito penal, con base en el principio *pas nullité sans grief*. De todos modos, para ello, es imperativa la adopción de todos los cuidados posibles para comprobar la autenticidad no solo del número telefónico con el que el oficial de justicia realiza la conversación, sino también la identidad del destinatario de los mensajes (AgRg en RHC 141.245/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Sala, juzgado 3-04-2021, DJe 16-04-2021).

¹⁶ Aclara la doctrina que sea cual sea el método empleado para realizar las citaciones e intimaciones, debe atenderse siempre a ciertos requisitos de forma, sin los cuales el acto resultará, inevitablemente, invalidado; esto no implica afirmar que la forma se sobrepone al contenido; pero es indiscutible la exigencia de la misma, principalmente para evitar la ocurrencia de desajustes perjudiciales a los intereses de las partes en litigio (MARCACINI, AUGUSTO ROSA TAVARES; PEREIRA, JOSÉ LUIZ PARRA, “Uma breve reflexão sobre a citação e a intimação na era digital: incertezas e consequências”, *Revista de Processo*, v. 270, 2017, p. 85-104).

5. CITACIÓN ELECTRÓNICA VÁLIDA, REBELDÍA E INEXISTENCIA DE NULIDAD SIN PERJUICIO

La confirmación o no de la recepción de la citación electrónica será de fundamental importancia para el adecuado desarrollo del proceso y la debida observancia del derecho de defensa. En este orden de ideas, la declaración de rebeldía y los posibles efectos derivados de ella deberán ser adoptados de manera extremadamente cautelosa por el juez cuando la citación se realice electrónicamente, siendo esencial para ello la comprobación de la confirmación de la recepción de la citación.

En otras palabras, la prueba de la confirmación de la recepción de la citación electrónica es de fundamental importancia para el adecuado desenlace del proceso, con la posibilidad de decretar la rebeldía. Si no existe tal comprobación, no se podrá presumir que el demandado recibió la citación electrónica, en cuyo caso deberán adoptarse las demás formas de citación, como por correo, por mandamiento o por edicto, tal como lo establece expresamente el art. 246, §1º-A, del Código de Proceso Civil Brasileño.

En este orden de ideas, la citación por correo electrónico no puede considerarse ni real ni ficticia (como por edicto o por hora cierta)¹⁷. El art. 72, inciso II, del Código de Proceso Civil Brasileño establece que el juez nombrará curador especial... al demandado rebelde citado por edicto o con hora cierta, mientras no se haya constituido abogado. Sin embargo, esta designación de curador especial no se aplica en el caso de citación electrónica, porque en tal situación, si no se demuestra que el demandado recibió la citación, deberán emplearse las demás modalidades de citación.

Desde otro ángulo, al valorar la validez de la citación electrónica, el juez también deberá guiarse por el principio de que no hay nulidad sin perjuicio (*pas de nullité sans grief*). En este sentido, si el demandado fue citado electrónicamente y no recibió la copia de la demanda inicial, pero compareció en juicio y se defendió sin mayores dificultades, no se deberá reconocer ninguna nulidad¹⁸. Los principios de la instrumentalidad de las formas y de la primacía del juicio del fondo respaldan esta conclusión.

Ya ha decidido el Superior Tribunal de Justicia que en el moderno sistema procesal cualquier alegación de nulidad debe ir acompañada de la demostración de un perjuicio efectivo. Como es sabido, no se declara una nulidad sin que se haya comprobado un perjuicio concreto para la parte, so pena de que la forma prevalezca sobre la esencia.

¹⁷ El Superior Tribunal de Justicia ya ha establecido el entendimiento de que en las citaciones fictas (con hora cierta o por edicto) no hay certeza de que el demandado haya, de hecho, tomado conocimiento de que está siendo llamado a juicio para defenderse. Se trata de una presunción legal, creada para compatibilizar la obligatoriedad del acto citatorio, como garantía del contradicho y de la defensa amplia, con la efectividad de la tutela jurisdiccional, que quedaría perjudicada si, frustrada la citación real, el proceso fuera paralizado sine die (REsp 1009293/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, juzgado 06-04-2010, DJe 22-04-2010).

¹⁸ El Superior Tribunal de Justicia ha establecido la jurisprudencia conforme la cual la comparecencia espontánea de la parte suplanta la ausencia de citación, apartando la nulidad procesal cuando no se ha demostrado perjuicio efectivo (AgInt en EDcl en REsp 1721690/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Sala, juzgado 23-02-2021, DJe 09-04-2021).

En este caso, quedó claro que no se demostró ningún perjuicio para la defensa derivado de la citación realizada a través de *whatsapp*, dado que el acto procesal se llevó a cabo conforme al procedimiento reglamentado por dicho Tribunal¹⁹.

6. NECESIDAD DE REGULACIÓN POR EL CONSEJO NACIONAL DE LA JUSTICIA

La necesidad de reglamentación de la citación electrónica se deriva expresamente del artículo 246, parte final, del Código de Proceso Civil Brasileño. Esta reglamentación deberá detallar los diversos aspectos de la citación electrónica, pero no podrá, obviamente, exceder los límites definidos por el legislador de la reforma, bajo pena de invasión de competencias y violación de lo dispuesto en el artículo 22, inciso I de la Constitución Federal.

No obstante, en mi opinión, esta necesidad de reglamentación de la citación electrónica por parte del Consejo Nacional de Justicia no impide que dicha modalidad de citación sea utilizada desde ya. Si se comprueba la dirección electrónica indicada por el demandado en procesos judiciales, en bases de datos del Poder Judicial o en otras fuentes de datos confiables, la citación electrónica podrá ser adoptada.

Obviamente, si no se confirma la recepción de la citación electrónica, deberán emplearse las demás modalidades de citación. Una vez realizada la triangularización de la relación jurídica procesal, el demandado deberá, en la primera oportunidad en que se manifieste en los autos, exponer las razones por las cuales no recibió o no leyó la citación electrónica.

Cabe señalar que la Resolución n. 354, de 19 de noviembre de 2020, del Consejo Nacional de Justicia, trata sobre el cumplimiento digital de los actos procesales y de las órdenes judiciales, y otras disposiciones. Este instrumento normativo secundario es anterior a la reforma realizada por la Ley n. 14.195/21, pero podrá ser utilizado de manera subsidiaria, en lo que sea compatible con las modificaciones legislativas, hasta que se emita nueva reglamentación por parte del CNJ.

El artículo 9º, párrafo único, de la Resolución n. 354/21 establece que quien solicite la citación o notificación deberá proporcionar, además de los datos de calificación, los datos necesarios para la comunicación electrónica mediante aplicaciones de mensajería, redes sociales y correspondencia electrónica (correo electrónico), salvo imposibilidad de hacerlo. Esta indicación de los datos por parte del demandante deberá estar respaldada por la indicación previa del demandado, en otro proceso o en bases de datos del Poder Judicial.

El artículo 10, incisos I y II, de dicha Resolución establece que el cumplimiento de la citación y la notificación por medio electrónico será documentado por: a) comprobante del envío y la recepción de la comunicación procesal, con el respectivo día y hora de ocurrencia; o b) certificado detallado de cómo el destinatario fue

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, AgRg no REsp n. 2.089.247/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, juzgado 21-11-2023, DJe de 27-11-2023.

identificado y tomó conocimiento del contenido de la comunicación. También se aclara en el párrafo 1 de ese artículo que el cumplimiento de las citaciones y las notificaciones por medio electrónico podrá ser realizado por la secretaría del tribunal o por los oficiales de justicia.

7. PLAZOS Y CITACIÓN ELECTRÓNICA

El conteo de los plazos en días se realiza únicamente con los días hábiles (art. 219 del Código de Proceso Civil Brasileño). Es importante aclarar que, en Brasil, esto tiene aplicación en el Derecho Procesal Civil e en Derecho Procesal del Trabajo, mientras que en el Derecho Procesal Penal los plazos se cuentan en días corridos.

En conformidad con la legislación procesal civil brasileña, los plazos se cuentan excluyendo el día de inicio e incluyendo el día final (art. 224 del Código de Proceso Civil Brasileño). La citación electrónica debe ser determinada por el juez en un plazo de hasta dos días hábiles (art. 246 del Código de Proceso Civil Brasileño), pero dicho plazo es impropio²⁰, no existiendo nulidad procesal si no se observa.

En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia ha establecido que el plazo impropio se refiere a los plazos procesales previstos para los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Así, aunque la demora en la resolución pueda considerarse una irregularidad, no existe vicio alguno que afecte la validez del proceso administrativo disciplinario²¹.

El demandado tendrá un plazo de tres días hábiles para confirmar el recibo de la citación electrónica (art. 246, §1º-A del Código de Proceso Civil Brasileño). Así, si el demandado recibe la citación electrónica un lunes, deberá confirmar su recibo antes del jueves. Si no confirma el recibo, el demandado deberá ser citado por otros medios, en cuyo caso tendrá el deber de explicar por qué no confirmó el recibo, estando sujeto a una multa de hasta el cinco por ciento del valor de la causa si su explicación no es aceptada por el juez.

¿Qué sucede si el demandado confirma el recibo de la citación electrónica después de los tres días hábiles mencionados en el art. 246, §1º-A del Código de Proceso Civil Brasileño? Tal confirmación debe ser desestimada, considerándose ineficaz, ya que al no observarse el plazo de tres días hábiles, se deberá determinar automáticamente la citación mediante otras modalidades.

El art. 231, inciso IX, del Código de Proceso Civil Brasileño establece que el día de inicio del plazo, salvo disposición contraria, será el quinto día hábil siguiente a la

²⁰ La doctrina brasileña esclarece que “Prazos impróprios são aqueles cujo decurso não acarreta a perda da possibilidade de praticar o ato (como, por exemplo, o prazo de cinco dias de que o juiz dispõe para proferir despachos, nos termos do art. 226, I, sendo válido o despacho proferido após esse prazo)” (CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *O novo processo civil brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2016, p. 137-8).

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RMS n. 45.081/DF, relator Ministro Og Fernandes, juzgado 8-9-2015, DJe de 2-12-2015.

confirmación, según lo previsto en el mensaje de citación, del recibo de la citación realizada por medio electrónico. Así, en la citación electrónica, el día de inicio será el quinto día hábil posterior al día en que se confirme el recibo. Si el demandado confirma el recibo de la citación electrónica el jueves, el día de inicio será el jueves siguiente.

8. APLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

El proceso judicial es el principal instrumento de la actividad jurisdiccional, a través del cual se resuelven los conflictos. Este proceso requiere la participación de diversos sujetos procesales, como jueces, defensores públicos, partes, testigos, auxiliares de justicia y abogados. Los abogados, en particular, son sujetos procesales de gran importancia para la administración de justicia, ya que, a través de ellos, las partes pueden presentar al Poder Judicial sus pretensiones, defensas, pruebas y alegaciones.

Existen tres tipos de procesos: conocimiento, cautelar y ejecución. Sin embargo, el proceso cautelar autónomo ya no es admitido en Brasil, siendo la tutela de urgencia concedida dentro del propio proceso de conocimiento o de ejecución²².

El proceso de conocimiento es destinado a la investigación de los hechos y a la aplicación del Derecho. Es a través del proceso cognitivo que el Juez tiene un amplio contacto con los elementos probatorios que se le presentan para su valoración. En este tipo de proceso, el Juez parte de los hechos para aplicar el Derecho.

El proceso de ejecución, por su parte, está destinado a la satisfacción del derecho previamente reconocido. En este tipo de proceso no se profundiza en el análisis cognitivo de los elementos probatorios, sino que se busca únicamente la realización de actos satisfactorios, con la concesión de la tutela jurisdiccional ejecutiva.

En el cumplimiento de sentencia también se busca la satisfacción del Derecho. No obstante, esto no se llevará a cabo en un proceso autónomo de ejecución, sino únicamente en una fase o módulo de un proceso ya iniciado. No se inicia un nuevo proceso para la concesión de la tutela jurisdiccional ejecutiva, siendo dicha tutela concedida en un módulo procesal, destinado a tal fin.

La citación electrónica podrá ser utilizada en los procesos de conocimiento y ejecución. Su previsión se encuentra en la Parte General del Código de Proceso Civil Brasileño, sin que exista una prohibición para su uso también en el proceso de ejecución, según lo establecido en el artículo 247 de dicho Código.

²² En otra ocasión, traté sobre la concesión de la tutela provisional en el proceso civil brasileño y las novedades introducidas por el Código de Proceso Civil de 2015. El trabajo fue publicado en: HERTEL, DANIEL ROBERTO, “Sistematización de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil Brasileño”, *Revista iberoamericana de derecho procesal*, v. 2, 2020, p. 371-384.

También es posible utilizar la citación electrónica en el cumplimiento de sentencia. Esto ocurrirá cuando sea necesario citar al demandado sobre el cumplimiento de la sentencia, lo que deberá hacerse en casos de ejecución de sentencia penal condenatoria firme, sentencia arbitral, sentencia extranjera homologada por el Superior Tribunal de Justicia o decisión interlocutoria extranjera, después de la concesión del exequatur a la carta rogatoria por el Superior Tribunal de Justicia (art. 515, §1 del Código de Proceso Civil Brasileño).

9. ¿FUTURO O PRESENTE? PROCESO ELECTRÓNICO Y CITACIÓN ELECTRÓNICA

La citación electrónica aliada al proceso electrónico²³ representa una verdadera revolución en el ámbito del derecho procesal brasileño, especialmente en lo que respecta a la forma en que los actos procesales se realizan y comunican.

Es importante aclarar que, en Brasil, la implementación del proceso electrónico, con la creación de plataformas como el PJe (Proceso Judicial Electrónico), transformó la manera en que se tramitan las acciones judiciales, proporcionando mayor celeridad, transparencia y acceso a la justicia²⁴. La citación electrónica, por su parte, surge como una de las innovaciones más significativas, ampliando las posibilidades de comunicación entre el Poder Judicial y las partes involucradas en el proceso.

El proceso electrónico, antes restringido a pocos tribunales locales, comenzó a ganar espacio en la última década, convirtiéndose en una realidad cotidiana en el Poder Judicial Brasileño. La Ley nº 11.419, de 19 de diciembre de 2006, que regula la informatización del proceso judicial, fue el hito inicial de este avance. Desde entonces, el uso de plataformas electrónicas ha ido expandiéndose progresivamente, consolidándose como la forma predominante de tramitación procesal.

²³ Os benefícios da celeridade e da transparência dos atos judiciais, que decorrem da implantação do processo judicial eletrônico, são inegáveis. A tecnologia da informação é realidade em todos os aspectos da vida moderna, da qual o mundo jurídico é apenas uma das facetas. Cabe aos operadores do Direito constatar essa realidade e a ela se adequar, como entusiastas da nova possibilidade de otimização da prestação jurisdicional e de aprimoramento do tempo e do conhecimento em prol da pacificação dos conflitos. As novidades do processo judicial eletrônico são muitas e podem assustar os profissionais menos preparados. Aliás, tudo o que é novo normalmente gera inquietação e expectativas. É, contudo, realidade inafastável, que vem para melhorar a prestação jurisdicional para as partes e seus advogados, melhorando o ambiente de trabalho dos juizes e servidores” (ADORNO JUNIOR, HELCIO LUIZ; SOARES, MARCELE CARINE DOS PRASERES, “Processo eletrônico, acesso à Justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdicional”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 151, 2013).

²⁴ Decidió el Superior Tribunal de Justicia que “o processo eletrônico alterou substancialmente a dinâmica processual, sendo instrumento de harmonização entre o contraditório e a ampla defesa e a celeridade processual” (HC n. 172.503/SP, relator Ministro Gilson Dipp, juzgado 28-9-2010, DJe de 18-10-2010).

Sin embargo, el proceso electrónico no se limita a la mera sustitución del papel por lo digital. Impone un nuevo paradigma, en el cual la flexibilidad y la innovación son fundamentales. La integración de sistemas entre diferentes tribunales y esferas de justicia, además de la creación de protocolos y normativas de seguridad, son algunos de los desafíos que enfrenta el Poder Judicial en la implementación total del proceso electrónico. En este contexto, el futuro del proceso electrónico dependerá no solo de la evolución tecnológica, sino también de la adaptación de los operadores del derecho a este nuevo modelo.

Una de las áreas más afectadas por la digitalización del proceso ha sido la comunicación de los actos procesales, especialmente la citación. La citación, acto formal mediante el cual se da conocimiento al demandado de la existencia de un proceso, siempre ha sido uno de los pilares del proceso civil, siendo esencial para garantizar el contradictorio y la defensa amplia. La citación electrónica surge como una forma de conferir mayor agilidad y seguridad a este procedimiento. El Código de Proceso Civil Brasileño de 2015, con las modificaciones introducidas por la Ley nº 14.195/21, dio un paso significativo para consolidar la digitalización de la comunicación procesal²⁵.

No obstante, el presente de la citación electrónica aún enfrenta desafíos. A pesar de la previsión normativa, la eficacia de este medio de comunicación depende de la estructura tecnológica de los tribunales, de la disponibilidad de la dirección electrónica correcta y de la adhesión de los abogados y partes al sistema. En muchos casos, la resistencia de algunos operadores del derecho y la falta de familiaridad con las herramientas digitales han generado obstáculos en su pleno funcionamiento. Además, es importante destacar la cuestión de la seguridad jurídica, ya que la comprobación de que el destinatario de la citación haya realmente recibido la comunicación electrónica sigue siendo un punto delicado, lo que exige normativas claras y sistemas de confirmación robustos.

En el futuro, se espera que el proceso electrónico y la citación electrónica se consoliden de manera más amplia y eficiente. La evolución de la tecnología sin duda permitirá que la comunicación procesal sea aún más ágil y segura, con el uso de herramientas como la firma digital, la automatización de ciertos actos procesales y la integración con otras plataformas internacionales de procesos. La expectativa es que el proceso electrónico, junto con la citación electrónica, se convierta en una realidad accesible para todos los ciudadanos, independientemente de su ubicación o condición socioeconómica, posibilitando un acceso más democrático y eficiente a la justicia.

²⁵ En la doctrina brasileña también hay quienes critican las innovaciones de la ley de citación por medio electrónica: “Se o intento era atribuir maior celeridade aos processos judiciais, possivelmente o objetivo seria atingido com maior acurácia com medidas de estímulo ao cadastro de pessoas jurídicas no sistema de processo em autos eletrônicos, fortalecendo o bem construído sistema de citação eletrônica da Lei 11.419/2006. Com o intento de dar um passo a diante, no que diz respeito à citação *por meio eletrônico*, a Lei 14.195/2021 deu dois passos para trás” (LIPPMANN, RAFAEL KNORR, “O novo conceito de citação por meio eletrônico da Lei n. 14.195/2021: um passo para frente, dois para trás”, *Revista dos Tribunais*, vol. 1035, 2022).

Sin embargo, la transición completa al proceso electrónico requerirá un proceso de capacitación continua de los operadores del derecho, desde magistrados y funcionarios hasta abogados y partes. La formación adecuada en el uso de las tecnologías, así como el perfeccionamiento de las herramientas disponibles, serán fundamentales para la consolidación de este nuevo modelo procesal²⁶. Es imprescindible, por lo tanto, que el Estado y las instituciones de enseñanza jurídica promuevan la educación digital para que los profesionales del derecho puedan actuar con seguridad y eficiencia en el entorno electrónico.

En relación con la citación electrónica, uno de los mayores desafíos futuros será garantizar la universalización de este medio de comunicación, es decir, garantizar que todos los involucrados en un proceso, independientemente de su condición social o tecnológica, tengan acceso a la citación electrónica. Además, la legislación deberá seguir evolucionando, adaptándose a las nuevas realidades tecnológicas, siempre con el objetivo de preservar los principios constitucionales del contradictorio y de la defensa amplia.

Aunque el futuro del proceso electrónico y de la citación electrónica es prometedor, la implementación plena de este modelo requerirá una reflexión constante sobre la adecuación de las normas jurídicas a los avances tecnológicos. El papel del jurista será fundamental en este proceso, tanto para garantizar la eficacia de los medios electrónicos como para asegurar que se respeten los derechos de las partes, especialmente en un escenario en el que la tecnología puede generar exclusiones y desigualdades.

10. CONSIDERACIONES FINALES

La citación electrónica prevista en el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015, en su redacción original, tenía una eficacia limitada debido a la previsión de que dicha modalidad de citación se llevaría a cabo según lo regulado por la ley. La Ley n. 14.195/21 reformó el Código de Proceso Civil Brasileño, dando una mayor definición a la citación electrónica, convirtiéndola en la modalidad preferente a adoptar.

La iniciativa legislativa busca modernizar el Código de Proceso Civil Brasileño a las tendencias tecnológicas. El acierto o no del legislador solo podrá evaluarse con el tiempo, a través de la experiencia forense cotidiana, sin desestimar aún el grave problema señalado por la doctrina sobre la inconstitucionalidad de la Ley n. 14.195/21. Este problema podría resultar en la inestabilidad del sistema procesal.

²⁶ A estreita vinculação entre a informática e o direito fez surgir para o profissional jurídico à necessidade de conhecer mais duas disciplinas, a informática jurídica e o direito da informática, que muito embora parecidas, possuem objetos diferentes. A informática jurídica trata da tecnologia aplicada a otimizar os procedimentos jurídicos, ao passo que o direito da informática relaciona-se com o direito que se encarrega de solucionar os conflitos sociais diretamente gerados pelo uso da informática, os valores éticos imbuídos nas relações jurídicas travadas pela informatização” (NETO, RENATO DE MAGALHÃES DANTAS, “Sobre processo eletrônico e mudança social no paradigma processual: ou não existe ou tudo é paradigma”, *Revista de Processo*, vol. 240, 2015).

Es evidente la necesidad de mayores estudios sobre la citación electrónica. El perfeccionamiento del acto citatorio, adaptándolo a las nuevas herramientas tecnológicas de comunicación, es una medida necesaria, pero no debe realizarse de manera precipitada, desatendiendo el principio de contradicción, especialmente considerando que la citación es uno de los actos más importantes del proceso.

A la doctrina, la jurisprudencia y al Consejo Nacional de Justicia les corresponderá, entonces, perfeccionar la citación electrónica, de modo que los principios de celeridad, economía procesal, efectividad y contradicción sean debidamente preservados y equilibrados. El proceso civil moderno nunca debe alejarse de la evolución tecnológica, pero las garantías y principios constitucionales procesales siempre deben ser la base de las modificaciones legislativas.

En cualquier caso, la citación por medios electrónicos debe ser analizada desde la perspectiva de la efectividad de la tutela jurisdiccional. Este mecanismo, al permitir una integración ágil y sencilla del demandado al proceso, constituye una herramienta valiosa que merece ser promovida.

No obstante, más allá de la citación electrónica, el proceso electrónico en Brasil ha impuesto una serie de desafíos significativos tanto a las partes como a los abogados y jueces. En este contexto, no resulta aceptable que el operador jurídico ignore la realidad tecnológica que lo rodea.

La incorporación de tecnologías modernas al proceso judicial es un tema de alta complejidad que exige un estudio profundo por parte de la doctrina. En países con un volumen elevado de procesos judiciales en trámite, como es el caso de Brasil, es fundamental buscar de manera constante herramientas y soluciones tecnológicas capaces de facilitar y optimizar la prestación de la tutela jurisdiccional.

En este contexto, el proceso electrónico y la citación electrónica representan, sin duda, una evolución en el derecho procesal, pero su efectividad dependerá de la integración de varios factores: la formación de los operadores del derecho, la adaptación de las partes, la seguridad de los sistemas y la continua actualización de la legislación. El presente nos señala un camino de modernización, pero el futuro exigirá una vigilancia constante para que la innovación tecnológica no prevalezca sobre los derechos y garantías procesales fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO JUNIOR, H.L. y SOARES, M.C.P.: “Processo eletrônico, acesso à Justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdiccional”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 151, 2013.
- ALVIM WAMBIER, T.A.: “Breves comentários ao novo Código de Processo Civil”, *Revista dos Tribunais*, 2015.
- CÂMARA, A.F.: *O novo processo civil brasileiro*, 2. ed., Atlas, 2016.

- DIDIER JR., F.; BRAGA, P.S. y OLIVEIRA, R.A.: *Curso de direito processual civil*, v. 2, Juspodivm, 2015.
- DINAMARCO, C.R.: *Instituições de direito processual civil*, Malheiros, 2004.
- FERNANDES, E.M. y REZENDE, E.N.: “A necessidade de aperfeiçoamento da citação eletrônica: uma abordagem à luz do devido processo legal sob a ótica do Direito Processual Civil contemporâneo”, *Revista de Processo*, vol. 334, 2022.
- GONÇALVES, M.V.R.: *Direito processual civil esquematizado*, Saraiva, 2016.
- HERTEL, D.R.: *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- HERTEL, D.R.: *Cumprimento da sentença pecuniária*, Lumen juris, 2011.
- HERTEL, D.R.: “Sistematización de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil Brasileño”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 2, 2020.
- HERTEL, D.R.: “Técnica procesal para el cumplimiento provisional de decisiones judiciales en el derecho procesal civil brasileño”, *Vox juris*, vol. 39, 2021.
- LIPPMANN, R.K.: “O novo conceito de citação por meio eletrônico da Lei n. 14.195/2021: um passo para frente, dois para trás”, *Revista dos Tribunais*, vol. 1035, 2022.
- MARCACINI, A.R.T. y PEREIRA, J.L.P.: “Uma breve reflexão sobre a citação e a intimação na era digital: incertezas e consequências”, *Revista de Processo*, vol. 270, 2017.
- MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D.: “Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum”, *Revista dos Tribunais*, 2015.
- MEDINA, J.M.G.: “Novo código de processo civil comentado”, *Revista dos Tribunais*, 2015.
- NETO, R.M.D.: “Sobre processo eletrônico e mudança social no paradigma processual: ou não existe ou tudo é paradigma”, *Revista de Processo*, vol. 240, 2015.
- NEVES, A.R. y CAMBI, E.: “Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual”, *Revista dos Tribunais*, vol. 986, 2017.
- NEVES, D.A.A.: *Manual de Direito Processual Civil*, Juspodivm, 2016.
- OTEIZA, E.: “Abuso de los derechos procesales en América Latina”, *Revista de Processo*, vol. 95, 1999.
- OTEIZA, E.: “¿Principios procesales?”, *Revista de Processo*, vol. 311, 2021.
- POSADA, G.F.P.: “La constitucionalización del derecho procesal”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 3, 2016.
- ROCHA, H.M.F.: “Garantias Fundamentais do processo brasileiro sob a ótica da informatização judicial”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 5, 2017.
- SICA, H.V.M.: “Problemas atuais do processo civil eletrônico e projeto de novo CPC”, *Revista dos Tribunais*, vol. 1, 2013.
- TARUFFO, M.: “Precedente e jurisprudência”, *Revista de Processo*, vol. 199, 2011.
- ZANETTI JR., H.: “Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil”, *Revista de Processo*, vol. 235, 2014.
- ZANETTI JR., H. y ALVES, G. S.: “Breves notas sobre as alterações do Código de Processo Civil pela Lei n. 14.195/2021: citação eletrônica, exibição de documento ou coisa e prescrição intercorrente”, *Revista de Processo*, vol. 330, 2022.

B) COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA Y
LEGISLATIVOS

DELITOS RELACIONADOS CON LA CIBERDELINCUENCIA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Offences related to cybercrime in the Spanish Criminal Code

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de León
mdiag@unileon.es

Luis Miguel Ramos Martínez

Profesor Ayudante de Derecho Penal
Universidad de León
lramm@unileon.es

I. Delitos que solo se pueden cometer a través de medios informáticos – II. Otros delitos que pueden ser y frecuentemente son cometidos a través de medios informáticos

Desde que comenzamos a impartir docencia sobre aspectos generales del Derecho penal en relación con la Ciberseguridad en las asignaturas *Derecho de la Ciberseguridad*, del Máster Universitario en Investigación en Ciberseguridad, y *Derecho en Seguridad de Datos*, del Máster Universitario en Inteligencia de Negocio y Big Data en Entornos Seguros, creímos conveniente facilitar a los estudiantes un esquema lo más completo posible que contuviese, sistematizadas, las conductas que, llevadas a cabo a través de medios informáticos, pueden subsumirse bajo tipos penales. Dado que el tiempo del que disponemos para explicar las nociones básicas de nuestra rama del Derecho es muy escaso, este material docente está enfocado a complementar las explicaciones y ayudar a seguir los ejemplos con los que ilustramos cuestiones introductorias o de parte general. Sin embargo, aunque su contenido no sea objeto de evaluación, la experiencia nos muestra que es de sumo interés para los estudiantes de estas dos titulaciones ofertadas por la Universidad de León y dirigidas a perfiles técnicos y no jurídicos.

Optamos por anunciar en el título que hablaremos sobre «delitos relacionados con la ciberdelincuencia» y evitamos la expresión «delito informático» por la confusión que podría generar en los destinatarios originales de esta guía, ya que sigue sin existir unanimidad en la doctrina a la hora de definir este último. Destacan dos posiciones: la de quienes entienden aquel delito como el que se comete a través de medios

informáticos¹ y la de quienes reservan el concepto para aquel cuyo objeto material es el *software* o los elementos lógicos de algún sistema de la información². El uso que hace el CP de la expresión «delitos informáticos» no ayuda a decantarse por una u otra postura: solo lo hace en sus arts. 127 *bis.1.c* –decomiso– y 573.2 –terrorismo–, en la primera ocasión para referirse a los delitos de los arts. 197.2 y 3 y 264, en la segunda a los de los arts. 197 *bis*, 197 *ter*, 264, 264 *bis*, 264 *ter* y 264 *quater*. Sin poner en cuestión lo interesante y enriquecedora que es esta discusión doctrinal, por razones de utilidad nos decantamos por el primero de los criterios como el rector de nuestra clasificación, ordenando las conductas tipificadas en el Código Penal que se pueden cometer a través de medios informáticos –es decir, mediante la utilización propia de ordenadores y dispositivos análogos, aunque no necesariamente interconectados³–; para ello discriminamos entre conductas que solo se pueden cometer por estos medios –lista cerrada– y conductas que pueden serlo –y frecuentemente⁴ lo son–, distinguiendo en este segundo grupo entre los tipos que contienen referencias expresas a la utilización de medios informáticos –lista cerrada– y los que no –lista abierta–.

Somos conscientes de que la evolución tecnológica seguirá aumentando no solo las conductas que el legislador penal se verá obligado a tener en cuenta, sino también las opciones de comisión de delitos ya existentes; y, además, de que intentar atender a figuras como p. ej. la inducción, la provocación, la autoría mediata o la utilización de medios o soportes de difusión mecánicos podrían hacer interminable esta lista. Por ello, nos conformamos con una clasificación basada en las exigencias de la estructura del tipo, es decir, en la exigencia legal de la utilización de medios informáticos; pero esta sencillez se ve compensada con la vocación de exhaustividad, sobre todo en las dos primeras categorías, que conlleva el esfuerzo de interpretar los muy diversos conceptos y expresiones –que obedecen a distintas técnicas tipificadoras– que se han ido incluyendo en el CP, donde en ocasiones se encuentran enumeraciones de medios típicos, otras veces se hacen otra clase de referencias limitadoras o estas se deducen por el objeto material protegido, etc.

Finalmente, aunque para simplificar hayamos omitido cualquier referencia que nos obligue a citar otras fuentes distintas del propio CP, debemos realizar alguna explicación imprescindible y procuramos recoger aquellos nombres, casi siempre anglicismos, que se han impuesto como forma de denominar determinados delitos –p. ej. *child grooming*–, de conductas subsumibles en estos –p. ej. *revenge porn*– o de comportamientos que pueden abarcar varios supuestos de hecho diferentes –p. ej. *cyberbullying*–.

¹ Así se define en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la RAE. Asimismo, está muy extendida la clasificación que diferencia entre ciberataques puros y réplica.

² Incluso hay esfuerzos interpretativos de encontrar un bien jurídico común a estos delitos que protegen un mismo objeto material, pero intereses dispares.

³ Aunque en las categorías elaboradas se encuentren delitos que, incluso requiriendo el uso de medios informáticos, no exigen ser necesariamente realizados a través de internet, su trascendencia a efectos de esta lista viene dada por la posibilidad de serlo o por su relación con la ciberdelincuencia –lo que también explica el título–.

⁴ Excepcionalmente, incluimos también conductas cuya frecuencia no es estadística, sino potencial; o, directamente, cuya relación con la informática ha sido especialmente desvalorada por el legislador.

I. DELITOS QUE SOLO SE PUEDEN COMETER A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS

1. **Acceso a pornografía infantil *online***⁵ (art. 189.5 segundo párrafo CP⁶).
2. **Delitos de intrusión informática:** acceso no consentido a sistemas informáticos *–hacking–* (art. 197 *bis*.1 CP); interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos (art. 197 *bis*.2 CP).
3. **Estafas informáticas** (art. 249.1.a CP) *–phising, vishing, smishing, whaling, pharming...⁷–*.
4. **Facilitación activa no autorizada del acceso o localización en internet de listas de enlaces a obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual** (art. 270.2 CP⁸).
5. **Ciberterrorismo (I):** delitos de intrusión informática cometidos con finalidades terroristas (art. 573.2 CP); capacitación *online* (art. 575.2 CP, segundo párrafo).

II. OTROS DELITOS QUE PUEDEN SER Y FRECUENTEMENTE SON COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS

QUE CONTIENEN REFERENCIAS A DICHOS MEDIOS:

6. **Delitos de distribución o difusión pública de contenidos**⁹: que promuevan, fomenten o inciten al suicidio de menores o personas con discapacidad (art. 143 *bis*

⁵ Se trata de un delito distinto del de adquisición o posesión, tipificado en el art. 189.5 CP, primer párrafo. El concepto de pornografía infantil (art. 189.1 CP y Circular FGE 2/2015) y el verbo típico «acceder» hacen muy difícil imaginar otras tecnologías de la información y la comunicación, cuyo uso requiere el tipo, distintas de ordenadores y dispositivos análogos conectados a internet como medio de comisión del delito. Con carácter general, aunque no en todas las definiciones y los supuestos de hecho recogidos de conductas relacionadas con la pornografía infantil, a la que involucra menores de 18 años hay que añadir aquella en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

⁶ En el art. 189.8 CP se establece la retirada o bloqueo del acceso en territorio español obligatorios *–como medida definitiva–* o potestativos *–como cautelar–* de las páginas *web* o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil.

⁷ Estrictamente, el *phising* y sus derivados se refieren a la conducta engañosa que, en el caso de la estafa informática, es previa, pero insuficiente para la consumación; sin embargo, aunque pueda subsumirse bajo otros delitos que se mencionarán más adelante, la frecuencia de su uso como medio de la estafa informática aconseja su mención en este momento.

⁸ En el art. 270.3 CP se establece la interrupción obligatoria de la prestación de los portales de acceso a internet o servicios de la sociedad de la información a través de los que se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual.

⁹ Aunque en estos delitos se recoja la comisión mediante el teléfono, además de a través internet o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el que las conductas sean de distribución o difusión públicas seguramente convierte en inidóneas las llamadas telefónicas como medio para su comisión, por lo que la alusión al teléfono aquí obedece más a la frecuencia con que este es el dispositivo con el cual se accede a los

CP); que promuevan, fomenten o inciten a la autolesión de menores o personas con discapacidad (art. 156 *ter* CP); que promuevan, fomenten o inciten a la comisión de agresiones sexuales a menores de dieciséis años, de delitos de exhibicionismo y provocación sexual, o de delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 *bis* CP); que promuevan o faciliten, entre menores o personas con discapacidad, el consumo de productos, preparados o sustancias, o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas (art. 361 *bis* CP).

7. Acoso, hostigamiento o humillación mediante la utilización incontestada de la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos –referencia expresa a redes sociales y páginas de contactos– (art. 172 *ter.5* CP).

8. Child grooming (art. 183.1 CP) y **embaucamiento de menores de 16 años con fines pornográficos** (art. 183.2 CP)¹⁰.

9. Descubrimiento de secretos y otros delitos relacionados con la protección de la intimidad: apoderamiento incontestado de información –referencia expresa a correos electrónicos– para descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro (art. 197.1 CP); acceso, apoderamiento, utilización o modificación no autorizados de datos reservados de carácter personal o familiar ajenos registrados –referencia expresa a ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos– (art. 197.2 CP); actos preparatorios especiales –ambién dirigidos a la comisión de los delitos de intrusión informática– (art. 197 *ter* CP); descubrimiento de secretos de empresa –referencia expresa a escritos electrónicos, soportes informáticos y a los medios del art. 197.1 CP, entre los que se encuentra el apoderamiento de correos electrónicos; así como al concurso de delitos en caso de apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos– (art. 278 CP).

10. Utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial¹¹ distinto del efectivo, o de los datos obrantes en ellos (art. 249.1.b CP); actos preparatorios especiales –también dirigidos a la comisión de estafas informáticas– (art. 249.2 y 3 CP).

11. Sabotajes informáticos¹²: borrado, daño, deterioro, alteración, supresión –*cracking*– o hacer inaccesibles –*ransomware*– datos o programas informáticos, o

contenidos distribuidos o difundidos públicamente por internet –ya sea a través de páginas *web*, redes sociales...–.

¹⁰ A pesar de que la enumeración de los medios comisivos en ambos delitos es coincidente con la de los delitos de distribución o difusión pública de contenidos, aquí sí es fácil imaginar supuestos llevados a cabo mediante llamadas telefónicas.

¹¹ La referencia expresa a medio de pago «inmaterial» distinto del efectivo es la causa de que se incluya el delito en esta categoría. La definición de instrumento de pago distinto del efectivo, material o inmaterial, se contiene en el art. 399 *ter* CP, en donde se hace mención a medios digitales de intercambio.

¹² La conducta de hacer inaccesible el objeto material del delito, distinta de la de dañar, es la causa de que se suela denominar «sabotajes» a esta categoría de delitos patrimoniales sin enriquecimiento. En la conducta básica de sabotajes informáticos, la alusión a cualquier medio, junto con la mayor pena en comparación con el delito residual de daños (art. 263.1

documentos electrónicos (art. 264 CP); obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático ajeno (art. 264 *bis* CP); actos preparatorios especiales (art. 264 *ter* CP).

12. Actos preparatorios especiales de delitos contra la propiedad intelectual –referencia expresa a medios idóneos para piratear programas de ordenador– (art. 270.6 CP).

13. Actos preparatorios especiales de falsificaciones –referencia expresa a la fabricación, recepción, obtención, tenencia, distribución, puesta a disposición o comercialización de datos y programas informáticos diseñados o adaptados para la comisión de falsedades– (art. 400 CP).

14. Modalidad masiva de delitos de odio (art. 510.3 CP¹³ –subtipo agravado de las conductas del art. 510.1 y 2 CP–).

15. Ciberterrorismo (II): sabotajes informáticos y actos preparatorios especiales encaminados a su comisión y a la de intrusiones informáticas (art. 573.2 CP), enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo mediante la difusión de servicios o contenidos (art. 578.2 CP¹⁴ –subtipo agravado de la conducta del art. 578.1 CP–).

QUE NO CONTIENEN REFERENCIAS A DICHS MEDIOS:

16. Delitos contra la libertad: amenazas (arts. 169 ss. CP); coacciones (art. 172 CP); ciberacoso (art. 172 *ter*.1 CP) –*ciberbullying*, *ciberstalking*–.

17. Delitos contra la integridad moral: trato degradante (art. 173.1 CP); injurias o vejaciones injustas leves en los ámbitos de las violencias de género y doméstica (art. 173.4 CP, primer párrafo); acoso «callejero» *online* (art. 173.4 CP, segundo párrafo).

18. Otros delitos contra la libertad o indemnidad sexuales de menores y personas con discapacidad: agresiones sexuales mediatas a menores de 16 años (art. 181.1 CP, segundo párrafo); venta, difusión o exhibición directas de material pornográfico entre menores de 18 años o personas discapacitadas necesitadas de especial protección (art. 186 CP); relacionados con la pornografía infantil (art. 189.1, 2 y 3 CP).

CP), hace preferible la subsunción de sabotajes mediante ataques físicos –al *hardware*– que dañen el objeto material del delito –el *software* o elementos lógicos: datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos–, aunque se siga discutiendo cuál debe ser la relación concursal; por esta razón los sabotajes informáticos no se han clasificado en la primera categoría de esta lista.

¹³ En el art. 510.6 CP se establece la retirada obligatoria de los contenidos cuando el delito se hubiera cometido a través de las tecnologías de la información y la comunicación o el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de los portales de acceso a internet o servicios de la sociedad de la información cuando a través de estos se difundan exclusiva o preponderantemente contenidos subsumibles bajo las conductas típicas.

¹⁴ Los arts. 578.4 y 5 CP contemplan medidas, definitivas o cautelares, obligatorias o potestativas, de retirada directa de los contenidos o servicios y otras subsidiarias –dirigidas a los prestadores de servicios de alojamiento, a los motores de búsqueda y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas–.

19. Difusión, revelación o cesión no autorizadas de imágenes o grabaciones audiovisuales íntimas (art. 197.7 CP) –*revenge porn*–.

20. Delitos contra el honor: calumnias (arts. 205 ss. CP); injurias (arts. 208 ss. CP).

21. Extorsión intimidatoria (art. 243 CP) –ciberextorsión, *sextortion* patrimonial–.

22. Otras defraudaciones: estafas tradicionales (art. 248 CP); defraudación de telecomunicaciones u otros elementos (art. 255 CP); uso inconsciente de terminales de telecomunicación (art. 256 CP) –*phreaking*–.

23. Otros delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270.1, 4 y 5, y art. 271 CP).

24. Delitos relativos al mercado y a los consumidores: publicidad engañosa (art. 282 CP); difusión de noticias o rumores, o transmisión de señales falsas o engañosas sobre personas o empresas con determinados fines lucrativos (art. 284.1.2.º CP); defraudación en el acceso a servicios cerrados de radiodifusión y similares (art. 286 CP).

25. Maltrato animal agravado por su difusión a través de tecnologías de la información o la comunicación (art. 340 *bis*.2.h CP).

26. Delitos contra la salud pública agravados por su oferta a través de medios de difusión a gran escala (art. 362 *quater*.2.ª.a CP).

27. Falsedades: falsedades documentales (arts. 390 ss. CP); alteración, copia, reproducción o falsificación de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago¹⁵ distinto del efectivo (art. 399 *bis*.1 CP); tenencia de esas falsificaciones destinada a la distribución o tráfico (art. 399 *bis*.2 CP); utilización de esas falsificaciones (art. 399 *bis*.3 CP); posesión u obtención de esas falsificaciones para su utilización (art. 399 *bis*.4 CP); usurpación del estado civil (art. 401 CP).

28. Quebrantamiento de condena (art. 468.1 y 2 CP).

29. Interceptación de las telecomunicaciones o escuchas ilegales por la autoridad, funcionario público o agente de estos (art. 536 CP).

30. Daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones (art. 560.1 CP).

31. Ciberterrorismo (III): difusión pública de mensajes o consignas idóneos para incitar a la comisión de delitos de terrorismo (art. 579.1 CP¹⁶).

32. Revelación de información reservada o secreta relativa a la Defensa Nacional agravada por su publicidad a través de medios de comunicación social (art. 599.2.º CP).

¹⁵ Aunque solo tenga incidencia a efectos de esta clasificación, en el art. 399 *bis* CP no se hace referencia expresa a que los otros instrumentos de pago sean materiales o inmateriales –por lo que no hay referencia expresa a medios informáticos–.

¹⁶ El art. <579.4 CP establece la posibilidad de adopción de las medidas judiciales, definitivas o cautelares, contempladas en el art. 578.4 y 5 CP.

C) RECENSIONES DE
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA

LOS RECURSOS DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

Carlos Carbajo Nogal
Madrid (DYKINSON), 2024, 1ª edición, 284 páginas
ISBN: 978-84-10 -701007

Daniel Blanco Núñez
Personal Docente e Investigador, Becario de La Comisión Europea y
Profesor Colaborador honorífico
Universidad de León

Sorprende esta monografía del Dr. Carlos Carbajo Nogal por su implicación con una temática escasísimamente tratada por la doctrina que, no obstante, y como se descubre tras la lectura de este interesante trabajo, tiene un indudable interés, en la medida en que las Diputaciones Provinciales, sobre las que trata este libro, son actualmente un instrumento clave para contribuir al desarrollo de nuestro medio rural para ayudar a luchar contra el reto demográfico. Pocas entidades como ellas han tomado tan claro partido en el eterno dilema de la despoblación y, quizá lo más importante, en la lucha contra el deterioro de los servicios que acompaña a todas estas realidades que están lastrando la vida de nuestros municipios más pequeños y hasta su propia supervivencia. Así lo evidencia el Catedrático de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Salamanca, José María Lago Montero, que aporta a este libro un interesante prólogo, trufado de reflexiones a este respecto.

Por ello no está de más que por fin se aborde en un estudio doctrinal el estudio de las Diputaciones Provinciales y sus recursos, ahondando de forma exhaustiva en el recorrido que han sufrido las competencias administrativas y financieras de estos entes territoriales desde sus propios orígenes con la Constitución de 1812, recorrido de más de doscientos años que nos ha traído hasta aquí y que nos ayuda a comprender el verdadero sentido de una institución que injustamente se ha llegado a cuestionar políticamente en algunos momentos de nuestra historia reciente.

La importancia y la significación de las Diputaciones Provinciales transita a lo largo de más de doscientos años en paralelo a nuestra convulsa historia nacional, en un camino plagado de normas capitales que forjan nuestro constitucionalismo, bien de carácter general, como las Constituciones, bien de carácter más sectorial abocadas a la regulación de lo local –de lo municipal– en cada una de las cuales, de forma más o

menos explícita, se regula esta entidad territorial; el profesor Carbajo Nogal se detiene en cada uno de estos hitos normativos reflexionando acerca del papel que las Diputaciones Provinciales tuvieron en cada momento y, lo que es aún más importante, sobre los recursos de los que dispusieron para conseguir realizar lo que en cada momento el ordenamiento les atribuía.

De hecho, los dos primeros capítulos de la obra, con abundantísimas fuentes, indaga en una arqueología financiera de la que, desgraciadamente, podemos disfrutar cada vez menos, lo que en mi humilde opinión desdibuja muchas de las instituciones de nuestro Estado de Derecho sobre las que si no sabemos de dónde venimos, difícilmente acertaremos en el camino hacia donde vamos.

Como apunta de forma certera el propio autor *“resulta obligado en un estudio que pretende ocuparse de los recursos disponibles y de la financiación de las Diputaciones provinciales, adentrarnos en la génesis de esta institución. Conocer el origen de estas entidades y su significación histórica nos ayudará, además, a dimensionar adecuadamente el papel actual de la Diputaciones en nuestro Estado social y democrático de derecho (art. 1.1. de la Constitución Española), así como la necesidad de que estas instituciones pervivan como ángulo esencial de nuestro modelo territorial”*.

Por esta misma razón, la obra se centra en la institución provincial, analizando sus órganos de gobierno y, fundamentalmente, el sistema de recursos que en cada momento le ha permitido atender las competencias que se le han atribuido, adentrándose en profundidad y de forma certera en el estudio de estas entidades territoriales sobre las que nuestra doctrina siempre ha pasado de puntillas, viéndose opacadas por el protagonismo del ámbito municipal propiamente dicho que ha centrado todos sus esfuerzos investigadores.

Para ello se lleva a cabo un repaso de lo que han supuesto los entres provinciales desde su creación, llevando a cabo un recorrido histórico en el que se comprueba cómo la Diputación Provincial, como institución que forma parte del modelo territorial de cada período, se va a ver afectada por las convulsiones políticas características de la época contemporánea.

Así, puede comprobarse en este estudio que las Diputaciones Provinciales nacen como fruto de la nueva organización territorial y competencial del Estado liberal que se inicia con la Constitución doceañista, viéndose constantemente alteradas por los reiterados cambios políticos que se van produciendo hasta la Constitución de 1931, cambios que redundan en la aprobación de marcos legislativos y competenciales que alternan, sucesivamente, períodos de fuerte tutelaje, sometimiento y centralismo impuesto por los gobiernos conservadores, con otros de mayor autonomía y descentralización propios de los gobiernos progresistas, llegando incluso en algún momento hasta su momentánea desaparición como consecuencia del cerril absolutismo de Fernando VII (1814-1820 y 1823-1835).

De esta forma, entrando en el contenido de la monografía, el Dr. Carbajo Nogal centra el **Capítulo I** de esta obra en analizar los hitos más relevantes de la evolución de las

Diputaciones Provinciales desde el Antiguo Régimen hasta inicios del siglo XX, lo que nos permite entender la imperiosa necesidad que la institución provincial tiene de recursos, así como el destino que dan a la parte de gasto público en función de las competencias que se les van atribuyendo desde la propia Constitución gaditana hasta los albores del siglo XX.

Por su parte, el **Capítulo II** del libro analiza, por su parte, el trayecto de la institución provincial desde los inicios del Siglo XX hasta la aprobación de la Constitución de 1978; se trata de un recorrido plagado de iniciativas normativas inconclusas que, como las que se analizan en el anterior capítulo, se siguen viendo afectadas por las convulsiones políticas características de un periodo histórico en el que media la contienda civil pero también grandes hitos en el municipalismo como son el Estatuto provincial de 1925 –del que pronto se cumplirá el centenario– o las sendas Leyes de Bases del Régimen Local de 1945 o de 1975, normas de las que resulta en buena parte deudora el modelo que finalmente se implanta tras la Constitución de 1978.

Siguiendo con el *iter* de la obra que aquí comentamos comienza el **Capítulo III** con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (en lo sucesivo, CE) que consolida el llamado “Estado de las Autonomías” en el que modelo de división provincial instado por Javier de Burgos y vigente desde 1833, no ha sido objeto de cambio, sirviendo de base a la actual configuración autonómica.

Como es sabido, en dicho modelo el Estado es el titular de la soberanía mientras que las Comunidades autónomas se caracterizan por su autonomía política. Provincias y Municipios, por su parte, están dotados de autonomía administrativa de distinto ámbito que en el devenir de nuestro régimen constitucional se ha visto ampliamente matizada, llegándose a reconocer claramente el carácter político de los Entes locales.

La autonomía local, se reconoce a la Provincia entendida, el artículo 141.1 de la CE como “*una Entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de Municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites Provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica*”.

Este reconocimiento de la autonomía local arrastra la necesaria autonomía financiera que para el profesor Ferreiro Lapatza “*significa, en esencia, recursos propios y capacidad de decisión sobre el empleo de estos recursos*”, cuestión que se instrumenta, como se ve en el devenir del capítulo que comentamos en la Ley de Bases del Régimen local de 1985 y con posterioridad en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre Reguladora de Haciendas Locales cuyo Texto Refundido de 2004 constituye la legislación vigente acerca de esta cuestión.

Analizado el soporte normativo apuntado, el **Capítulo IV**, que cierra la monografía, se adentra en actual marco competencial de la institución provincial lo que nos sirve para entender su papel prestador de servicios y, por ende, la necesidad que tiene de disponer de recursos para llevar a cabo esta labor, y ello sin perder de vista la obligatoria simbiosis entre las competencias administrativas, de gasto, y competencias financieras, de ingreso necesario para sostenerlo.

Precisamente por ello, un análisis exhaustivo de los recursos de los que disponen los entes provinciales, de naturaleza tributaria y no tributaria, sirve como colofón a este trabajo, con la particularidad de que se llega al mismo una vez entendida la trascendencia real de unas entidades territoriales francamente desaprovechadas de las que se minusvalora su importante papel coordinador no solo para los Municipios que de ellas dependen, sino también entre éstos y los entes territoriales superiores, Comunidades autónomas y el propio Estado.

Resulta chocante que, en nuestro modelo territorial, en línea de lo que apuntan entre otros los profesores Lago Montero y Carbajo Nogal, lejos de aprovecharse la oportunidad que supone la estructura administrativa provincial, al servicio de la descentralización que representa el “Estado de las Autonomías”, las Diputaciones Provinciales se mantengan en una situación tan precaria.

Y es que estas instituciones han de enfrentarse a diario con la problemática que se deriva de la carencia de impuestos propios y/o cedidos –que ni tienen atribuidos por la actual legislación financiera local ni pueden crear–, debiéndose conformar con el recargo sobre un prácticamente extinguido IAE, escasez de ingresos que no se palía con el cobro por parte de estas entidades de las prestaciones retributivas por los servicios de su competencia –tasas y precios públicos– que, como señala Lago Montero de nuevo en el prólogo “*no cubren, ni de lejos, los costes de las actividades que se realizan*”.

El grueso de la financiación de las Entidades provinciales, como se analiza por el Dr. Carbajo Nogal en este capítulo, viene dado por las transferencias provenientes de la Hacienda estatal, autonómica y, en su caso, hasta comunitaria, de condicionalidad muy variada, amén de las jugosas participaciones en los ingresos fundamentalmente tributarios del Estado, y, cada vez de forma más habitual, de las Comunidades autónomas. Son éstos los verdaderos recursos que nutren los presupuestos provinciales y sin ellos, las Diputaciones Provinciales, utilizando la gráfica metáfora del profesor Lago Montero, “*vivirían en la indigencia*”; por otro lado, el modelo actualmente vigente, y con el que parece que nos aquietamos tan fácilmente a la vista del escaso interés doctrinal que suscita esta temática, no ayuda a estos entes territoriales a desarrollar una autonomía financiera real que les permita tomar libremente sus decisiones en materia de gasto público, decisiones que en la actualidad están claramente condicionadas por criterios de absoluta necesidad.

En la medida en que tantos municipios pequeños y acuciados por la despoblación dependen de las Diputaciones Provinciales para la prestación de los servicios más básicos, ¿no va siendo el momento de que se replantee su disponibilidad financiera y ese sistema de recursos que tan bien analiza el profesor Carbajo Nogal?

Esperemos que la lectura de esta obra les sirva como a mí para reflexionar sobre ello lo que, me hace insistir una vez más en el acierto que supone esta monografía.

HACIA LA EFICIENCIA PROCESAL EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

Rodrigo Tascón López
Cizur Menor (Aranzadi), 2023, 1ª edición, 204 páginas
ISBN: 9788411624862

Ana Castro Franco

Contratada Postdoctoral FPU, Ministerio de Ciencia, Innovación y
Universidades

Universidad de León

La obra reseñada es el brillante y sobresaliente resultado de la investigación que dio lugar al ejercicio de cátedra que defendió con la solvencia que lo caracteriza el Profesor TASCÓN LÓPEZ. La monografía da buena muestra de la experiencia acumulada de su autor en la noble materia del Derecho Procesal del Trabajo; no en vano se erige desde hace años como un auténtico referente para quienes se acercan al estudio del sistema normativo que regula y controla el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Rama del ordenamiento jurídico por la que siente especial predilección desde que comenzó su andadura en la Academia, con una magnífica tesis doctoral sobre la ejecución de condenas por obligaciones de hacer y no hacer en el orden social de la jurisdicción, y que no ha descuidado nunca en su labor docente e investigadora.

El trabajo aparece estructurado en tres grandes capítulos que permiten al lector aprender los entresijos de la temática principal a través del paciente análisis del pasado, la valoración crítica de un presente signado por varios intentos de reforma frustrados, y las propuestas de mejora *ad futurum*. De este modo, tras un afectuoso y riguroso Prólogo a cargo del maestro FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, el autor comienza a desgarnar el lento proceso de deterioro experimentado en el funcionamiento de la jurisdicción social que ha derivado, lógicamente, en un grave problema de saturación en la materialización práctica del día a día. No son pocos los iuslaboralistas embargados por la nostalgia de un antaño ya muy lejano, habida cuenta del envejecimiento prematuro del proceso social. Sin dejarse llevar por el desánimo, el ya catedrático examina los defectos y lagunas que restaban mérito a un sistema nacido con vocación de excelencia. Así, los nuevos conceptos e institutos contemplados en las más modernas Leyes rituarías no siempre se hallaban en consonancia con lo más antiguos previstos en la LPL.

A pesar del intento de armonización en cada momento, las dificultades prácticas se sucedían y, a mayor abundamiento, algunas instituciones procesales laborales mostraron cierta obsolescencia con el correr del tiempo y el cambio de legislación sustantiva y procesal. Las modificaciones puntuales (ya hubieran sido más someras, ya más profundas) no podían ser consideradas una solución definitiva, pues era patente la necesidad de abordar una reforma integral para conseguir la mejora técnica que la realidad social requería. El legislador optó por la elaboración de una nueva norma de ritos y terminó por ver la luz la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social obediente a una serie de propósitos: en primer lugar, tratar de resolver el obstáculo secular acerca de la extensión adecuada de la materia contencioso laboral; segundo, hacer al Orden Social garante exclusivo de la tutela de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras; tercero, traer al conocimiento de este especializado orden jurisdiccional aquellas impugnaciones de actos administrativos vinculados a la materia laboral y de Seguridad Social; cuarto, parar mientes en cómo el legislador inició un proceso tendente a conseguir que fuera el Orden Social el competente de todas las cuestiones vinculadas a la asistencia y protección social; en fin, llevar dentro de los linderos del orden especializado las cuestiones litigiosas que afectaran a los trabajadores económicamente dependientes. Una vez culminado el minucioso repaso de los asuntos más interesantes en materia de delimitación objetiva, el Profesor TASCÓN LÓPEZ procede a poner de manifiesto que el esfuerzo llevado a cabo en aras de racionalizar la competencia del Orden Social de la jurisdicción, resultaba loable desde un enfoque de lógica jurídica, aun cuando peligroso en cuanto a los riesgos de que tal ampliación competencial provocara una sobrecarga del sistema.

A continuación, el autor indaga en los recientes y frustrados intentos de reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con la genialidad y acierto que solo un verdadero especialista consagrado, con un currículum académico extenso y espléndido sobre sus espaldas, puede llegar a alcanzar. Al igual que en la leyenda del rey Arturo, este logra sacar de la roca la mítica Excalibur, pues cabe destacar que no cualquier jurista sería capaz de profundizar con tan alto nivel en el proceso de modernización de la Justicia en España. El segundo capítulo facilita al lector una comprensión detallada del fallido intento de reforma, tanto de las propuestas incorporadas al Plan de Choque como de los Proyectos de las Leyes de Eficiencia, principalmente el de la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Una Administración de Justicia dotada de los medios materiales y humanos adecuados es uno de los componentes más importantes en el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

En los últimos tiempos, las deficiencias estructurales han provocado retrasos difíciles de asumir, habida cuenta de que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva. Las medidas de agilización procesal se vieron especialmente necesarias por la situación de excepcionalidad generada por la pandemia y el retraso sustancial y el notable incremento de la litigiosidad ocasionado. Pese a las buenas intenciones del Plan de Choque elaborado por el Consejo General del Poder Judicial en abril de 2020, la situación lejos de mejorar se ha visto severamente perjudicada por distintos avatares sociales y económicos. En respuesta a tan inadecuada situación fue elaborado un conjunto de hasta tres proyectos con rango de ley que han tenido una tramitación parlamentaria azarosa, hasta el punto de que no pudieron ver la luz tras el abrupto fin de la legislatura. En primer lugar, el Proyecto

de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia trataba de impulsar la territorialidad mediante la creación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los Municipios. Segundo, el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia dirigido a regular los servicios digitales accesibles al ciudadano, reforzando la seguridad jurídica en el ámbito digital y orientando al dato los sistemas de Justicia. En tercer lugar, el que merece mayor atención por parte del autor por haber diseñado un conjunto de cambios más numeroso en el tenor de la norma rituarial social, el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. El plan estaba dirigido a modificar las Leyes procesales en todos los órdenes jurisdiccionales para así aumentar la celeridad en la tramitación de los procedimientos. Las dificultades para elaborar dichas normas debieron ser titánicas, por lo exigente de los objetivos fijados y la extensión de la reforma proyectada. Con todo, el interés del conjunto es evidente, pues ha puesto sobre el tapete algunos de los aspectos procesales más susceptibles de protección y, a su vez, el autor ya vaticinaba que algunos de sus contenidos podían ser retomados en el marco de una reforma procesal posterior.

En la parte final de la obra se ofrecen algunas propuestas de modificación de la norma de ritos social de indudable interés para la comunidad científica laboralista, así como una serie de claves encaminadas a mejorar el funcionamiento del orden social de la jurisdicción. La valoración contenida en el tercer capítulo tanto de la situación actual, como de las reformas proyectadas (y no materializadas) para el proceso social, constituye una verdadera contribución al conocimiento. La reflexión se articula sobre un análisis de las reformas proyectadas por el PLMEP que han quedado en el fondo del cajón a la espera de ser rescatadas, pues la labor realizada no es en absoluto desdeñable; el estudio de otros aspectos que requerirían de ciertos ajustes y mejoras técnicas; y como colofón, la aportación de propuestas para tratar de obtener mejoras tangibles en la realidad.

El trabajo de investigación en su conjunto se erige como una obra de referencia para quien, siguiendo los pasos del Dr. TASCÓN LOPEZ, pretenda acometer la tarea de Sísifo consistente en abordar el mayor problema detectable ahora mismo en el Orden Social, cual es la obligada reducción de la tardanza a la hora de resolver los asuntos cuya competencia tiene asignados. El Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León está de enhorabuena, pues se ha incorporado al cuerpo de catedráticos una persona caracterizada por su lucidez, compromiso y rigor jurídico.

TERAPIAS DIGITALES. ASPECTOS REGULATORIOS Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA SALUD

Marina Morla González
Tirant Lo Blanch (Valencia), 2024, 260 páginas
ISBN: 9788410562929

Xenia Fuguet Carles
Profesora Sustituta de Derecho Procesal

Universitat Rovira i Virgili

En esta monografía la autora propone un análisis exhaustivo del concepto de terapias digitales y su impacto en la evolución hacia una medicina personalizada de precisión. A lo largo de la obra, se puede observar cómo el empleo de tratamientos terapéuticos que incorporan un componente medicamentoso con un componente tecnológico ofrece un amplio abanico de oportunidades y permite superar obstáculos, a los que tradicionalmente se ha enfrentado la práctica clínica.

Robots asistenciales, pastilleros electrónicos, glucómetros inteligentes, electrocardiogramas portables o medicamentos digitales son solo algunos ejemplos de terapias digitales que plantean un cambio de paradigma en la relación asistencial. La posibilidad de incorporar sensores y elementos portables tecnológicos a lo largo del tratamiento, para la recogida de datos de salud y otros parámetros del paciente, permite conocer con mayor precisión la evolución de la salud de aquel a lo largo del tratamiento, así como la eficacia del mismo. Así, a lo largo del Capítulo I, la autora desarrolla la importancia del *big data* en el ámbito sanitario y el Internet de las Cosas en el ámbito farmacéutico (Pharma IoT).

La aprobación de medicamentos digitales ha sido un punto de inflexión en la concepción de las modernas terapias digitales. Sobre esta cuestión, la monografía recoge en su Capítulo II, “Sistemas de transmisión de información para la monitorización del paciente. Los medicamentos digitales”, un exhaustivo estudio de aspectos técnicos, para la entrada en el mercado de medicamentos con tecnología integrada desde un punto de vista de derecho comparado. La autora toma como

ejemplo el único medicamento digital aprobado hasta la fecha, Abilify MyCite, un medicamento ideado para el tratamiento de patologías mentales (esquizofrenia, trastorno bipolar y depresión), que incorpora en su interior un sensor del tamaño de un grano de arena, cuyo objetivo es rastrear que el paciente ha ingerido el medicamento prescrito por su médico en el momento y dosis adecuados. Una vez que el paciente ingiere el comprimido, el sensor entra en contacto con los fluidos del estómago, cortocircuitando y enviando una señal electromagnética a otro elemento portado por el paciente: un parche adherido a su torso. El parche recoge la información enviada por el sensor, además de otra información de salud rastreada a lo largo del tratamiento (por ejemplo, frecuencia cardíaca o actividad diaria). Toda la información recogida por el parche será encriptada y enviada vía bluetooth a la *app* del *smartphone* del paciente, donde se desplegará en la pantalla para su comprensión de forma intuitiva por el paciente y aquellos familiares o cuidadores autorizados por aquel. Al mismo tiempo, la información recopilada en la *app* es enviada a la nube, desde donde tendrá acceso a la misma el profesional sanitario.

En definitiva, a lo largo de este capítulo se observa lo significativo que es el avance en el desarrollo de terapias que integran elementos tecnológicos para el cuidado del paciente, pues, hasta este momento, la tecnología había sido generalmente portada por el paciente, pero no ingerida.

En el Capítulo III de la monografía, rubricado “Aprobación de los dispositivos médico-tecnológicos desde (el punto de vista) del derecho comparado. Un marco regulatorio en términos de riesgos y beneficios”, la autora vuelve a adoptar una visión jurídica comparada para analizar las similitudes y diferencias en el proceso de aprobación de los dispositivos médico tecnológicos en el territorio estadounidense (lugar de aprobación del primer medicamento digital) y el territorio europeo (donde se prevé la próxima aprobación de medicamentos digitales). Este apartado se centra en el análisis de reglamentos y guías aprobados en ambos territorios, para comprender tanto la clasificación de productos sanitarios de acuerdo con los estándares recogidos normativamente, como la regulación del *software* y *apps* médicas, a fin de concluir con un análisis comparativo sobre el proceso de aprobación de las terapias digitales en uno y otro territorio.

El Capítulo IV “Terapias digitales y derecho a la salud” está destinado al análisis de una cuestión fundamental: el motor que ha impulsado a la industria farmacéutica al desarrollo de este tipo de terapias integradoras del componente medicamentoso y tecnológico.

El primer apartado de este capítulo está destinado al estudio del contenido del derecho a la salud en relación con el derecho de acceso a los medicamentos. En este punto de la monografía la autora trae a colación el clásico debate de la colisión de los derechos de propiedad intelectual de la industria farmacéutica frente al derecho de acceso a los

medicamentos por parte de los consumidores finales. Esta controversia materializa lo que la investigadora considera un motor fundamental en el desarrollo de terapias digitales por parte de la industria farmacéutica. A lo largo de las líneas de este capítulo, el lector puede alcanzar a comprender cómo el interés de la empresa titular de un medicamento que va a ver expirada su patente en un período corto de tiempo, lleva a cabo una serie de estrategias comerciales para afrontar las pérdidas económicas que implicará la entrada de medicamentos genéricos en el mercado. En el siglo de las nuevas tecnologías, se pone de manifiesto que una de las principales estrategias consiste en dotar de tecnología innovadora a un producto farmacéutico que va a quedar próximamente obsoleto.

En el siguiente apartado de este capítulo cuarto, la autora desarrolla el que considera el otro motor para el desarrollo de estas terapias digitales. La mala adherencia a los tratamientos terapéuticos, especialmente aquellos crónicos, implica una serie de perjuicios en el sostenimiento del sistema sanitario y la investigación biomédica. En primer lugar, porque la mala adherencia está directamente relacionada con una pérdida económica sustantiva derivada de medicamentos financiados que no se administran correctamente y que, por ende, no despliegan su eficacia. Como consecuencia, los pacientes no adherentes a sus tratamientos sufren con frecuencia recaídas, hospitalizaciones, intervenciones y, en el peor de los casos, fallecen. Y, en segundo lugar, la adherencia irregular o incorrecta a tratamientos crónicos supone un obstáculo para la farmacovigilancia del producto farmacéutico tras su entrada en el mercado, pues implica un desconocimiento de los efectos reales del mismo.

El último apartado de este capítulo está destinado al análisis de uno de los principales desafíos en la implementación de las terapias digitales y, por lo tanto, en el despliegue de todas las oportunidades que ofrecen. Nos habla de la brecha digital, que se despliega en tres vertientes: la accesibilidad y asequibilidad de dispositivos tecnológicos y tarifas de conexión a internet; la falta de competencias digitales, falta de interés y falta de acceso efectivo a internet o a dispositivos tecnológicos; y la complejidad de los términos y condiciones de uso.

Tras el análisis de las diferentes aristas de la brecha digital, a modo de conclusión, la autora propone dos soluciones para afrontar este desafío: el fomento del empleo de nuevas tecnologías asequibles y la necesidad de alfabetización digital de pacientes y profesionales.

En definitiva, la obra aquí reseñada recoge un tema de máxima actualidad: cómo el cruce masivo de datos y el empleo de sistemas de inteligencia artificial favorecen la implementación de una medicina personalizada, adaptada al perfil del paciente; predictiva, permite anticipar futuros escenarios; preventiva, pues permite adoptar medidas a fin de evitar situaciones desfavorables para el paciente, y participativa, puesto que con el empleo de terapias digitales, los pacientes se convierten en un agente

activo a lo largo de su tratamiento. Es notorio que, en el sector del cuidado de la salud, el diseño de terapias digitales para el seguimiento del paciente va cobrando más presencia. La monografía presenta y desarrolla los desafíos a los que este nuevo escenario tecnológico se enfrenta, invita a la reflexión y plantea una serie de propuestas para la superación de los obstáculos en la implementación de la prometedora medicina personalizada de precisión.

D) NOTICIAS DE INTERÉS
JURÍDICO-ACADÉMICO

CRÓNICA DE LAS JORNADAS SOBRE “TRABAJO Y GÉNERO: TRANSICIONES JUSTAS HACIA LA IGUALDAD LABORAL REAL”



celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de León los días 14 y 21 de marzo y 11 y 18 de abril de 2024

TAMARA PRIETO PÉREZ

Investigadora Contratada Predoctoral

Universidad de León

INTRODUCCIÓN

Durante los días 14 y 21 de marzo, así como 11 y 18 de abril, la Facultad de Derecho de la Universidad de León, contando con el respaldo financiero del Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, ha acogido un seminario del ciclo sobre Trabajo y Género, dedicado a “Transiciones justas hacia la igualdad laboral real” bajo la dirección de la Dra. Rodríguez Escanciano y la coordinación de la Dra. Álvarez Cuesta. Estas jornadas tuvieron como objetivo primordial analizar a lo largo de quince sesiones diseñadas a modo de diálogos, la situación laboral actual desde la perspectiva de género, reuniendo para ello a ponentes de muy reconocido prestigio, procedentes no sólo del ámbito académico en distintas Universidades, sino también de la magistratura o de la inspección de trabajo, contando, además, con representantes de empresas, sindicatos y asociaciones de diferentes colectivos de mujeres dedicadas a la promoción de la igualdad de género.

Adoptando como premisas de partida la garantía del acceso equitativo a las oportunidades laborales y el disfrute equitativo de unas condiciones de trabajo

decentes, se ha descendido al detalle de cuestiones de tanta relevancia social para las mujeres como la equidad efectiva en los Tribunales, la disparidad salarial, la discriminación interseccional, la segregación laboral, el ecoempleo, los planes de igualdad, las desigualdades estructurales arraigadas muchas veces invisibilizadas, así como la promoción de políticas y prácticas que fomenten la inclusión y el empoderamiento de todas las identidades de género en el lugar de trabajo, sin olvidar el fomento de una cultura organizacional que valore la diversidad y promueva la equidad en todas las etapas de la carrera laboral y la salvaguarda del acceso a la educación, capacitación y desarrollo profesional.

Sin poder dejar constancia en este limitado espacio de la exhaustividad de los matices vertidos y de la riqueza de los debates sostenidos, únicamente cabe dar noticia, a modo de meras pinceladas, de algunas de las reflexiones más destacadas siguiendo la secuencia temporal esbozada en el programa.

PONENCIAS 14 DE MARZO

El enfoque principal de este primer día de sesiones pivotó sobre el análisis de las últimas declaraciones sobre igualdad de género, así como sobre el examen de las diversas políticas que tanto la Unión Europea como nuestro país están implementando en este ámbito. Tras la inauguración, con las palabras de bienvenida de la Dra. Rodríguez Escanciano, agradeciendo a todos los participantes y asistentes su compromiso y participación a las jornadas, el primero de los diálogos contó con la intervención del Ilmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, quien disertó sobre los ‘Últimos pronunciamientos en el Tribunal Supremo’, poniendo de relieve que a pesar de que España ha sido reconocida internacionalmente como un país innovador en materia de igualdad de género, queda trabajo por hacer para cerrar la brecha entre la igualdad formal y la igualdad material.

A continuación, la Ilma. Sra. Dña. Concepción Morales Vállez, Magistrada Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, analizó los “Avances en los Tribunales Superiores de Justicia”, subrayando que la igualdad material, especialmente desde la perspectiva de género, es un principio fundamental en el derecho laboral para eliminar las disparidades económicas y sociales entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, de suerte que, a pesar de los avances legislativos, la aplicación efectiva de este principio en la práctica presenta múltiples dificultades.

Sin solución de continuidad, intervino en el segundo de los diálogos planteados para esta primera jornada el Ilmo. Sr. D. Javier Calderón Pastor director territorial de la inspección de trabajo y seguridad social de Castilla y León, manifestando que a pesar de los esfuerzos de la Inspección de Trabajo, la discriminación laboral persiste en España y sigue siendo un desafío importante. Muchas veces, las formas más sutiles y encubiertas de discriminación pasan desapercibidas o son difíciles de probar, lo que

dificulta su detección y sanción. La Inspección de Trabajo vela por la aplicación efectiva de la obligatoriedad de ofertas de trabajo no sexistas, por la igualdad de género mediante la supervisión de la aplicación de políticas y medidas destinadas a promover la igualdad en el lugar de trabajo, para que las empresas redacten sus ofertas de empleo de manera que no discriminen por razones de género.

Posteriormente, tomó la palabra el profesor Roberto Fernández Fernández analizando la legislación de la UE y los diversos aspectos de la discriminación laboral, incluida la igualdad de género, y la importancia de combatir la discriminación en todas sus formas, haciendo especial referencia a la discriminación por error y por asociación para señalar la importancia de abordar estos tipos de discriminación en aras a garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas en el ámbito laboral.

Tras un breve receso, intervino la profesora Belén del Mar López Insua para abordar un tema tan complejo como es la brecha salarial, manifestando cómo esta perpetúa y profundiza las desigualdades sociales al limitar el acceso de ciertos grupos a oportunidades económicas y sociales. Abordar esta disparidad desde la perspectiva de la transición económica justa implica tomar medidas concretas para promover la igualdad de género, eliminar la discriminación salarial y garantizar condiciones laborales equitativas para todas las personas trabajadoras.

Posteriormente, la Dra. Olga Fotinopoulos Basurko disertó sobre la feminización de la pobreza como un fenómeno complejo y multidimensional que refleja las desigualdades de género arraigadas en las estructuras sociales y económicas, destacando que abordar esta problemática requiere políticas y acciones que promuevan la igualdad de género, reduzcan la brecha salarial, redistribuyan las responsabilidades de cuidado, combatan la discriminación y la violencia de género, y promuevan el acceso equitativo a recursos y oportunidades para todas las personas.

El último de los diálogos de la tarde analizó la invisibilización de las mujeres en determinados sectores, comenzando con la intervención de la profesora Amanda Moreno Solana quien ha puesto de relieve la invisibilización de las mujeres en el trabajo y la precarización de sus condiciones laborales como desafíos que deben abordarse para promover la igualdad de género. La implementación de políticas que apoyen la maternidad y la crianza, así como la mejora del salario mínimo, son pasos importantes hacia la creación de un entorno laboral más justo e inclusivo para todas las personas, independientemente de su género.

Para concluir tomó la palabra la profesora Cristina González Vidales quien analizó las economías sumergidas y cómo estas representan un desafío significativo en la lucha contra la desigualdad laboral, especialmente para las mujeres. Estas economías caracterizadas por la informalidad y la falta de regulación, a menudo perpetúan y exacerban las disparidades de género en el empleo donde las mujeres enfrentan una serie de obstáculos que limitan su acceso a empleos formales y decentes. Esto se debe a una variedad de factores, incluidas las barreras estructurales y culturales que restringen la participación femenina en el mercado laboral formal. Por todo ello, las mujeres son más propensas a ser relegadas a trabajos informales y precarios, donde

enfrentan salarios bajos, condiciones laborales inseguras y una clara falta de protección social.

PONENCIAS 21 DE MARZO

El segundo día de las jornadas pivotó sobre los distintos mecanismos que pueden implementar las empresas para una mejor conciliación laboral, familiar y personal, ya que a pesar de los avances en materia de igualdad de género, las mujeres siguen estando subrepresentadas en ciertos sectores laborales y ocupan predominantemente posiciones inferiores en la jerarquía laboral.

En el primero de los diálogos la profesora Nora Martínez Yáñez, Consejera del Consejo Consultivo de Galicia, abordó el acceso y el regreso al trabajo por parte de las mujeres y cómo continúan enfrentando desafíos significativos que se reflejan en la persistente brecha de género en el empleo tanto a nivel nacional como europeo. Además puso de manifiesto cómo los sesgos de género influyen en las decisiones de contratación, promoción y asignación de tareas, lo que limita las oportunidades de las mujeres de acceder a empleos bien remunerados y de mayor prestigio y cómo la falta de políticas de conciliación laboral y familiar adecuadas puede dificultar aún más el regreso al trabajo de las mujeres después de períodos de maternidad o cuidado de familiares, perpetuando así la brecha de género en el empleo.

Esta brecha de género en el empleo se manifiesta en la acumulación de mujeres en determinados sectores, como el cuidado, la educación y los servicios sociales, mientras que están notablemente ausentes en otros sectores, como la tecnología, la ingeniería y la construcción. Esta segregación horizontal y vertical en el mercado laboral está impulsada en gran medida por sesgos de género arraigados en la sociedad, que de manera inconsciente perpetúan estereotipos y expectativas sobre los roles de género.

El segundo de los diálogos de esta sesión comenzó con la ponencia del Dr. Rodrigo Tascón López quien profundizó en determinadas prácticas empresariales discriminatorias. Así, por ejemplo, fijar un sistema presencialista en las empresas, perjudica especialmente a aquellas personas que necesitan ajustar sus horarios para atender responsabilidades familiares. Afirmando que estas prácticas son a menudo anacrónicas y no tienen justificación en la realidad laboral actual, donde la tecnología permite un trabajo más flexible y remoto.

Sin solución de continuidad, la Dra. Susana Rodríguez Escanciano hizo referencia a cómo el tiempo de trabajo plantea una serie de desafíos importantes, especialmente en lo que respecta a la reorganización del mismo, haciendo hincapié en la persistencia de la doble y triple jornada laboral como un fenómeno relevante, donde muchas personas, especialmente mujeres, enfrentan la carga adicional de cuidar de familiares mientras trabajan a tiempo completo o parcial. Subrayó la ponente que la perspectiva de género es crucial al abordar este tema, ya que el cuidado de familiares sigue estando

fuertemente ligado al género femenino. A pesar de los avances hacia la corresponsabilidad, las mujeres continúan asumiendo una parte desproporcionada de las responsabilidades de cuidado, lo que puede limitar su participación plena en el mercado laboral y afectar su progreso profesional. Todo ello sin olvidar que las mujeres del sector cuidados cuentan con unas condiciones laborales precarias, marcadas por grandes dosis de parcialidad, bajas retribuciones y una intensificación de los ritmos de trabajo.

Tras un breve receso, toma la palabra en el penúltimo de los diálogos de la tarde el Dr. Javier Fernández-Costales Muñoz, quien planteó las dificultades que enfrentan las trabajadoras autónomas para emprender su profesión ya que generalmente afrontan una serie de desafíos únicos que pueden limitar su capacidad para tener éxito en el mundo empresarial. A lo largo de la ponencia resaltó que es fundamental la implementación de políticas y programas que promuevan la igualdad de género en el emprendimiento y proporcionen un entorno favorable para el crecimiento y la prosperidad de todas las personas, independientemente de su género o situación laboral.

Seguidamente intervino la profesora Natalia Ordoñez Pascua, subrayando la estrecha relación de los valores de justicia social con el empoderamiento de la mujer en el ámbito laboral y empresarial, trayendo a colación la promoción de la economía social, solidaria y el cooperativismo, donde la mujer juega un papel fundamental para priorizar los valores de solidaridad, equidad y participación democrática. Recalcó además que promover la participación de las mujeres en el ámbito laboral y empresarial a través de fórmulas que priorizan la justicia social no solo es económica y socialmente beneficioso, sino que también es fundamental para promover su desarrollo personal y su empoderamiento en la sociedad.

Para concluir se celebró una mesa redonda donde representantes de diversas asociaciones empresariales y sindicatos como la Federación de Empresarios Leoneses (FELE), Unión General de Trabajadores de León (UGT), Comisiones Obreras de León (UGT) y CSI-CSIF Castilla y León, coincidieron en destacar los beneficios sustanciales que conlleva la implementación de un plan de igualdad en las empresas. En sus intervenciones, resaltaron cómo estas iniciativas no solo promueven la equidad de género en el lugar de trabajo, sino que también fortalecen la cultura organizacional y contribuyen a la retención de talento. Además subrayaron que la implementación de un plan de igualdad no solo es una cuestión ética, sino también estratégica, que impulsa el crecimiento y el éxito sostenible de las organizaciones en el largo plazo.

PONENCIAS 11 DE ABRIL

En esta penúltima jornada, las intervenciones giraron en torno a la discriminación por razón de género, orientación sexual, edad y diversidad funcional que se produce en el mercado de trabajo. El Dr. José Gustavo Quirós Hidalgo comenzó abordando la problemática de la discriminación interseccional, especialmente por razón de género

y de diversidad funcional, exponiendo los desafíos en el acceso al empleo y la protección laboral para las personas que experimentan estas formas de discriminación, quienes enfrentan obstáculos adicionales para encontrar trabajo y pueden experimentar discriminación en el lugar de trabajo debido a la convergencia de su género y discapacidad.

A continuación, la Dra. Patricia Prieto Padín abordó un tema complejo como es la discriminación por razón de género y orientación sexual o identidad de género, descendiendo a la adversa realidad que para muchas personas LGTBIQ+ presenta el acceso a un empleo, debido a prejuicios y estereotipos arraigados en la sociedad.

En la misma línea de diálogo sobre la discriminación interseccional, la Dra. María de los Reyes Martínez Barroso abordó la discriminación por razón de género y edadismo, poniendo de relieve los desafíos para el colectivo femenino en el ámbito laboral, especialmente aquellas de mayor edad, quienes enfrentan barreras adicionales para acceder al empleo, relegándolas a roles menos valorados o incluso excluyéndolas del mercado laboral.

Seguidamente, el Dr. Diego Megino Fernández trató la discriminación por razón de género en combinación con otros factores como religión, clase étnica u origen, lo que agrava aún más las disparidades en el acceso al empleo y las condiciones laborales para las mujeres que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o de un determinado origen socioeconómico, quienes enfrentan múltiples formas de discriminación en el trabajo, incluyendo el acoso, la falta de oportunidades de ascenso y la discriminación salarial.

Para concluir los diálogos sobre discriminación interseccional, el Ilmo. Sr. D. José Fernando Lousada Arochena, magistrado del TSJ de Galicia se refirió en su intervención a la discriminación múltiple y por asociación, haciendo referencia a múltiples disposiciones que prohíben la discriminación en el empleo en nuestro país y su atención en los pronunciamientos judiciales. Seguidamente la Dra. María José Romero Ródenas ha abordó en su intervención un aspecto crucial que merece la atención de todos, como es la discriminación interseccional en el contexto de la violencia de género, una intersección de factores que puede exacerbar la vulnerabilidad de ciertos grupos de mujeres, como las mujeres de minorías étnicas, las mujeres con discapacidad o las mujeres trans y que además no afecta a todas las mujeres de la misma manera. Las mujeres que pertenecen a grupos marginalizados enfrentan barreras adicionales para buscar ayuda y protección, ya sea debido a la discriminación estructural o a la falta de recursos adecuados. Por ello, al abordar la violencia de género, es fundamental adoptar un enfoque interseccional que reconozca las múltiples dimensiones de la discriminación y tenga en cuenta las experiencias únicas de cada individuo.

El último de los diálogos de la tarde versó sobre ecoempleo y ecofeminismo; en una primera intervención tomó la palabra Dña. Margarita Miñarro Yanini para abordar el trabajo en la agricultura 4.0 y en las energías renovables, realizando reflexiones de gran interés sobre los empleos verdes e inclusivos, empleos que no solo ofrecen una nueva fuente de ingresos para las mujeres rurales sino que representan una nueva

oportunidad para promover la equidad de género en el ámbito rural, ofreciéndoles una nueva fuente de ingresos, proporcionando oportunidades de trabajo igualitarias y empoderando a las mujeres en la toma de decisiones económicas. Además, para interés de todos los asistentes, presentó casos reales de mujeres rurales dedicadas a la agricultura 4.0, impulsada por la tecnología y la digitalización, subrayando cómo el uso de herramientas como la monitorización remota de cultivos y hasta el uso de drones y robots agrícolas han cambiado la forma en que se cultiva y se gestiona la tierra.

Ya al final de la tarde, y en esta misma línea, la Dra. Henar Álvarez Cuesta incidió en cómo el trabajo en la agricultura 4.0 y en el sector de las energías renovables representa una nueva frontera para la equidad de género en los entornos rurales, subrayando que estas industrias emergentes ofrecen oportunidades innovadoras y sostenibles que pueden transformar la dinámica laboral en las comunidades rurales, proporcionando empleos verdes e inclusivos y fomentando estos sectores que pueden ayudar a reducir la dependencia de las actividades agrícolas tradicionales y crear una mayor resiliencia frente a los impactos del cambio climático.

PONENCIAS 18 DE ABRIL

El primero de los diálogos de la última sesión de las jornadas abordó los matices en la diferenciación de los problemas de igualdad laboral distinguiendo entre los sectores tradicionales y emergentes, a pesar de que ambos presentan desafíos significativos. En una primera intervención la Dra. María Ángeles González Bustos, profesora titular de Derecho Administrativo, puso de manifiesto cómo los estereotipos de género y la cultura laboral dominante perpetúan la discriminación y la falta de oportunidades de crecimiento profesional en el ámbito rural.

Posteriormente, la profesora Juana Serrano García analizó cómo en los sectores emergentes asociados la tecnología o la economía verde, aunque se percibe una mayor apertura de diversidad, aún existen desafíos en términos de acceso igualitario y representación en todos los niveles. Las mujeres y las minorías continúan enfrentando obstáculos para ingresar y avanzar en estas industrias, lo que limita la diversidad de perspectivas y la innovación. Ambas coinciden en que en ambos casos, abordar los problemas de igualdad laboral requiere de políticas y prácticas que fomenten la diversidad, la equidad salarial y la eliminación de sesgos, destacando que es crucial promover oportunidades de educación y capacitación equitativas para todos.

El segundo de los diálogos trató las dificultades en el ámbito de la salud laboral; así, en la primera intervención el Dr. Juan José Fernández Domínguez manifestó que en el contexto de la salud laboral, la igualdad real implica abordar las disparidades de género en la exposición y el impacto de los diferentes riesgos físicos, psicológicos y ambientales en el lugar de trabajo.

Sin solución de continuidad, la Dra. Beatriz Agra Viforcós, manifiesta que es fundamental desde la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales considerar las diferencias en los patrones de empleo, roles laborales y factores de riesgo entre hombre y mujeres, lo que implica implementar medidas preventivas que aborden las necesidades específicas de cada género, promoviendo una cultura de seguridad inclusiva y eliminando la discriminación en la evaluación y gestión de riesgos laborales.

Para concluir estas intensivas y fructíferas jornadas, como no podía ser de otro modo, se ha dado voz a las asociaciones de mujeres y grupos feministas para expresarse sobre su conocimiento práctico de situaciones concretas. El diálogo de clausura ha abordado los desafíos vigentes para alcanzar la auténtica igualdad, enriqueciéndose con diversas perspectivas ofrecidas por asociaciones feministas destacadas como ADAVAS (Asociación de Ayuda a Víctimas de Agresiones Sexuales y Violencia Doméstica), AMULEMER-FADEMUR (Asociación de Mujeres Leonesas en el ámbito rural), la Asociación leonesa "Simone de Beauvoir", la Asociación Feminista Leonesa Flora Tristán y la Fundación de Familias Monoparentales Isadora Duncan. Este intercambio ha destacado no solo la situación actual del empleo femenino, sino también las perspectivas de futuro, con el objetivo de evitar la precariedad y mejorar la calidad de las condiciones laborales, así como de fomentar políticas y acciones que promuevan la igualdad de género en todos los ámbitos buscando combatir los estereotipos de género arraigados en la sociedad y promover una cultura de respeto y dignidad para todas las personas, independientemente de su género.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares.

Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
 - a. Autores de la Universidad de León.
 - b. Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
 - c. Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales.
- C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.
- D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.
- E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

Contenido de la publicación de los artículos doctrinales

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecanografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
 - a. Autor.
 - b. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe y correo electrónico.
 - c. Título del artículo, en español e inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el título se incluirá también en este idioma.
 - d. Resumen del artículo en español.
 - e. Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
 - f. Palabras clave.
 - g. Palabras clave en inglés.
 - h. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
 - i. índice de contenido
 - j. Contenido.
 - k. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.
El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.
- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.
- 1.
- 2.
- 2.1.
- 2.2.
- A)
- B)
- C)

Método de notas al pie y de bibliografía

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
 - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
 - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
 - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

Bibliografía

Al final de cada artículo se incluirá una bibliografía con las obras citadas a lo largo del trabajo. No podrán incluirse obras no citadas en el desarrollo de la investigación

Extensión de los artículos

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 5 páginas.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

En cualquier caso, el Consejo de redacción valorará la extensión de los trabajos y la posibilidad de alterar estos límites en cada uno de los números de la Revista.