

Nº 10

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDUE

*Asociación de Profesores de
Derecho Procesal de las Universidades Españolas*



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
N° 10**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

Valencia, 2024

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
ISSN: 2695 - 9976
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

- Teresa Armenta Deu** (*Universidad de Girona*)
José M^a Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)
Silvia Barona Vilar (*Universidad de Valencia*)
Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)
Paolo Biavati (*Università di Bologna*)
Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)
Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)
Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)
Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)
Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)
Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)
Faustino Cordón Moreno (*Universidad de Navarra*)
Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)
Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)
Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)
Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)
Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaume I de Castellón*)
José Luis González Montes (*Universidad de Granada*)
Fernando Jiménez Conde (*Universidad de Murcia*)
José de los Santos Martín Ostos (*Universidad de Sevilla*)
Juan Montero Aroca (*Universidad de Valencia*)
Víctor Moreno Catena (*Universidad Carlos III de Madrid*)
Julio Muerza Esparza (*Universidad de Navarra*)
Manuel Ortells Ramos (*Universidad de Valencia*)
Eduardo Oteiza (*Universidad de la Plata Argentina*)
Giovanni Priori (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)
Francisco Ramos Méndez (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
José M^a Rifá Soler (*Universidad Pública de Navarra*)
Carmen Senés Motilla (*Universidad de Almería*)
Isabel Tapia Fernández (*Universidad de las Islas Baleares*)
John Vervaele (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Soraya Amrani Mekki (*Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense*)

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

Ignacio Colomer Hernández (*Universidad Pablo de Olavide Sevilla*)

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

Stefano Ruggeri (*Università degli Studi di Messina, Italia*)

M^a Luisa Villamarín López (*Universidad Complutense de Madrid*)

ÍNDICE

LAS MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES EN EL PROCESO CIVIL: EL PROBLEMA DE SU EFECTIVIDAD.....	9
<i>FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI</i>	
NATURALEZA CIVIL DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS. CONSECUENCIAS ..	59
<i>GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN</i>	
EL PROCESO CIVIL ANTE LA TUTELA DEL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE ADECUADO. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DEL EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS	85
<i>ANA MARÍA VICARIO PÉREZ</i>	
LOS WHISTLEBLOWERS Y SU PROTECCIÓN LEGAL EN PORTUGAL: DEL LAW IN BOOKS AL LAW IN ACTION A PARTIR DE LA LEY 93/2021	123
<i>NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA</i>	
LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL DENTRO DEL CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DECOMISO	171
<i>MIGUEL ÁLVAREZ HERNÁNDEZ</i>	

LAS MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES EN EL PROCESO CIVIL: EL PROBLEMA DE SU EFECTIVIDAD

**Judicial measures to protect trade secrets in civil proceedings:
The problem of their effectiveness**

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI*

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
fgascon@ucm.es

SUMARIO: I. NECESIDADES, CONTEXTOS E INTERESES CONCURRENTES. II. SECRETO EMPRESARIAL, INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y SOLAPAMIENTO NORMATIVO. 1. Una precisión preliminar: secreto empresarial e información confidencial. 2. El problema del solapamiento normativo. III. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA CONFIDENCIALIDAD DE UN SECRETO EMPRESARIAL QUE HA DE SER REVELADO EN UN PROCESO: PREMISAS GENERALES. IV. MEDIDAS ESPECÍFICAS. 1. La imposición de la prohibición de divulgación y de utilización. 2. Medidas destinadas a proteger el secreto empresarial frente a la contraparte. 2.1. ¿Qué ofrece la LSE para combatir este riesgo? 2.2. ¿Algo más, al margen de la LSE? 3. Medidas destinadas a proteger el secreto empresarial frente a terceros. V. CUESTIONES PROCEDIMENTALES EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DEL SECRETO EMPRESARIAL. VI. LA COERCIBILIDAD DE LAS MEDIDAS. 1. La vía penal. 2. Consecuencias civiles. 2.1. Responsabilidad civil por incumplimiento. 2.2. ¿Herramientas para evitar un incumplimiento inminente? 2.3. Imposición de sanciones por incumplimiento de la buena fe procesal. 2.4. La inutilizabilidad como prueba de la información o de los elementos obtenidos en infracción de las reglas sobre confidencialidad. VII. ¿EL TALÓN DE AQUILES DEL SISTEMA? (A MODO DE CONCLUSIÓN). VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La revelación de secretos empresariales puede ser necesaria en un proceso civil para sostener una demanda o una línea de defensa, pero también puede poner en peligro el valor económico del secreto. Este artículo analiza la necesidad de

* Este trabajo es resultado de las actividades del Proyecto de Investigación «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00), financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

ponderar la protección de la información empresarial confidencial (secretos comerciales) con el derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos civiles. Ante todo, se advierte de las dificultades que plantea el carácter fragmentario y solapado del marco jurídico que regula la protección de la información confidencial en España. De modo general, se propone una serie de principios y directrices generales para determinar las medidas adecuadas para proteger los secretos comerciales cuando deban ser revelados en el contexto de un pleito. Sobre estas bases, se analizan las posibles medidas que podría ordenar el tribunal, los cauces procedimentales para decidir sobre su adopción y, sobre todo, la forma de lograr que sean plenamente efectivas y cumplidas.

Palabras clave: secreto empresarial, información confidencial, proceso civil, medidas de protección de secretos empresariales, medidas coercitivas, principio de proporcionalidad.

Abstract: The disclosure of trade secrets in a legal proceeding may be necessary to establish a claim or defense, but it can also jeopardize the economic value of the secret. This article discusses the need to balance the protection of confidential business information (trade secrets) with the right to effective judicial protection in civil proceedings. It highlights the challenges posed by the fragmented and overlapping legal framework governing the protection of confidential information in Spain. The author proposes a set of general principles and guidelines for determining the appropriate measures to protect trade secrets when they must be disclosed in the context of a lawsuit. He then discusses the potential measures that could be ordered by the court, the proceedings to decide on them and, more importantly, the way they can be effectively enforced.

Keywords: trade secret, confidential information, civil proceedings, measures for the protection of trade secrets, coercive measures, principle of proportionality.

Lista de abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado
CP	Código Penal
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
LAJ	Letrado/a de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LP	Ley de Patentes
LSE	Ley de Secretos Empresariales
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

I. NECESIDADES, CONTEXTOS E INTERESES CONCURRENTES

En ocasiones, la obtención de tutela judicial puede requerir que deba revelarse en el marco del proceso una información que tiene carácter confi-

dencial para uno de los litigantes, por ser constitutiva de secreto empresarial con arreglo a lo establecido en la Ley de Secretos Empresariales (LSE)¹. En la mayoría de estos casos, además, existe un interés en que el secreto empresarial siga siéndolo tras el proceso, esto es, el titular del secreto empresarial aspira a que la revelación de este en el proceso no conduzca a su desaparición, dado el valor económico que le reporta y que podría seguir reportándole.

En un primer tipo de casos, quien puede verse sujeto a la carga de revelar la información confidencial es el titular del secreto empresarial. Esto sucede, desde luego, cuando se ejercita una acción por infracción del secreto en cuestión, en caso de que, por el alcance de la infracción, todavía sea posible que el secreto lo siga siendo tras el proceso. También sucede cuando el proceso busque la tutela de otro derecho o interés legítimo, pero entre los hechos constitutivos de la pretensión se encuentren algunos que denoten la existencia de un secreto empresarial. Y puede suceder, diversamente, que la defensa del demandado pase por la alegación y prueba de datos que formen parte de un secreto empresarial. En este tipo de situaciones será habitualmente en la demanda —o, en su caso, en la contestación— donde el justiciable deba revelar la información confidencial en que sostenga su pretensión².

Es más sencillo, sin embargo, imaginar la situación inversa, esto es, que un sujeto necesite acceder a una información constitutiva de secreto empresarial para poder fundar adecuadamente su posición jurídica en un proceso. En efecto, es necesario en ocasiones disponer de cierta información, en poder de la contraparte, de una hipotética futura contraparte o de un tercero, para poder valorar si existe derecho a la tutela judicial, frente a quién y/o con qué apoyo jurídico puede impetrarse. Dicha información, en poder de otro/s, puede ser igualmente necesaria para defenderse adecuadamente de una demanda judicial. Esta necesidad de acceso a la información confidencial en poder de otro se puede imaginar, asimismo, en escenarios procesales diversos, aunque lo habitual, en todo caso, será que se trate de contextos preprocesales, de preparación de un proceso futuro o, una vez incoado

¹ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019). La LSE se aprobó para la implementación en nuestro país de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DO L 157, 15.6.2016, pp. 1-18).

² Cfr. Massaguer Fuentes (2020), pp. 320-321.

el proceso, en los momentos en que resulta posible solicitar la exhibición de información o de pruebas en poder de la parte contraria o de terceros. De forma más específica, se pueden identificar los siguientes escenarios³:

- a) Cuando el futuro demandante solicite diligencias preliminares o diligencias de comprobación de hechos, que supongan el acceso por su parte a información confidencial (también es posible imaginar necesaria la revelación para defenderse frente a una petición de este tipo de diligencias) —estas peticiones, según su ámbito, se pueden articular al amparo de la LEC o de la Ley de Patentes.
- b) Cuando el futuro demandante o alguna de las partes solicite acceso a documentos o fuentes de prueba en poder de la contraparte o de un tercero, que contengan información confidencial (o cuando esté resistiéndose a una petición de acceso a documentos o fuentes de prueba que contengan esa clase de información) —al amparo de las reglas de la LEC, tanto las generales como las especiales en materia de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, en materia de reclamaciones de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia y, en cuanto el legislador cumpla sus deberes de trasposición, de cara al ejercicio de acciones colectivas en materia de consumo y en materia de responsabilidad por infracción de los deberes de diligencia debida en materia de sostenibilidad corporativa.
- c) Cuando el futuro demandante o alguna de las partes solicite la práctica de medidas de anticipación y/o de aseguramiento probatorio que supongan el acceso a soportes que contengan información confidencial (o esté resistiéndose a una petición de esta naturaleza) —en virtud de las reglas de la LEC.
- d) Es posible, incluso, imaginar este tipo de situaciones en el marco de un expediente de intervención judicial en apoyo al arbitraje para la obtención o la práctica probatoria (en caso de que se considere posible, en virtud del artículo 33 de la Ley de Arbitraje) o cuando se le solicite directamente al árbitro que reclame de una de las partes la revelación de información confidencial.

Todas estas situaciones presentan un rasgo común: concurre en ellas el riesgo de que la exposición en el proceso de la información confidencial destruya su valor económico como secreto empresarial, en la medida en que

³ Cfr. también el *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 4; y Ormazabal Sánchez, pp. 226-230.

pueda ser conocida por terceros o, sin llegar a ese extremo, en la medida en que su conocimiento por la contraparte le permita aprovecharse de ella o minimizar la ventaja competitiva que, al menos frente a ella, le reportaba a su titular. Este riesgo puede excluirse o, al menos, mitigarse si la revelación del secreto empresarial se lleva a cabo tomando ciertas precauciones o medidas de protección, que resulten idóneas para evitar que el secreto llegue a perder su condición de tal o para impedir un aprovechamiento indebido de quien haya accedido a él.

El significado y alcance de las medidas de protección puede variar en función del contexto en que deba producirse la revelación.

Quien se ve en la tesitura de revelar su propio secreto empresarial para levantar la carga de poder fundar en él una pretensión de tutela o una defensa, se enfrenta a la paradoja chiovendiana de que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debería tornarse en perjuicio de quien tiene la razón”⁴. Se da, pues, un conflicto entre el beneficio al que se aspira a través del proceso y el sacrificio que ha de realizarse para lograrlo. El sistema judicial se enfrenta, por tanto, a la necesidad de ofrecer instrumentos eficaces para evitar que el justiciable se vea disuadido de acudir a los tribunales ante el temor de que del proceso se le pueda seguir, como externalidad, un perjuicio económico —o de otro tipo— que, por su naturaleza y/o por su origen, podría evitarse. Con la adopción de medidas de protección de los secretos está en juego, en último término, la confianza de los justiciables en el sistema de justicia y, con ella, su propia legitimación social⁵.

El enfoque es diverso, en cambio, cuando se necesita la información de la contraparte o de un tercero: en este caso, no solo está en juego el interés económico del titular del secreto empresarial en preservarlo, sino también el derecho a la tutela judicial efectiva de quien, sin acceso a esa información,

⁴ Como apunta Ormazabal Sánchez, p. 232, se trata de evitar que el titular del secreto tenga que “escoger entre perder el secreto o perder el proceso”.

⁵ Este es el enfoque que sustenta la previsión general del artículo 9 de la Directiva de 2016, como se deduce de su considerando 24: “A menudo, la perspectiva de perder la confidencialidad de un secreto comercial durante un proceso judicial disuade a sus poseedores legítimos de ejercitar acciones para su defensa, lo que pone en peligro la eficacia de las medidas, procedimientos y recursos previstos. Por esta razón, es necesario establecer, sin perjuicio de las medidas de salvaguarda oportunas que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, requisitos específicos destinados a proteger la confidencialidad del secreto comercial controvertido durante el proceso judicial iniciado para su defensa.”

no podría sostener con perspectiva de éxito sus pretensiones⁶. En estas situaciones se dan conflictos en dos niveles diferentes.

En primer término, el tribunal se enfrenta a un conflicto a la hora de decidir si accede a la solicitud de revelación de la información confidencial: en este plano, el tribunal ha de decidir si prevalece el interés del titular del secreto empresarial en mantenerlo confidencial o si, por el contrario, prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva de quien solicita acceder a la información. La mera afirmación por parte del solicitante de que necesita la información en poder del contrario o de un tercero no debe ser suficiente para que el tribunal acceda a su petición, sino que ha de percibirse como algo proporcionado a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Sentado lo anterior, el tribunal deberá ya determinar las medidas de protección del secreto que adopta como contrapartida, precisamente para legitimar su mandato previo de revelación desde la perspectiva de la proporcionalidad, entendida como mínimo sacrificio posible. Y es que, como puede intuirse, ambos niveles se hallan fuertemente entrelazados: la existencia de medidas para preservar el secreto revelado —y su eficacia real— es uno de los factores que han de tenerse en cuenta a la hora de decidir si se ordena la revelación en sí y con qué alcance.

En otros términos, constatada la necesidad de que se revele información confidencial potencialmente constitutiva de un secreto empresarial, ha de evitarse o mitigarse el riesgo de que la revelación genere un daño adicional que el titular de la información no esté jurídicamente obligado a soportar. Nos hallamos, pues, en el terreno del sacrificio, de la exigibilidad del sacrificio y de las compensaciones por la exigencia de sacrificio. Y, ello, nuevamente, desde dos ángulos diferentes. Ante todo, se ha de considerar el sacrificio de quien está en posesión de información confidencial y se ve obligado a revelarla (para una mejor tutela de su posición jurídica o por exigencia del derecho a la tutela judicial de la parte contraria o de un tercero). Pero tampoco puede dejar de considerarse el potencial sacrificio de quien experimenta las cargas y consecuencias asociadas a las medidas de protección del secreto acordadas por el tribunal como compensación por la exigencia de revelación.

⁶ Por todos, en relación con la doble perspectiva sobre la que ha de abordarse la protección procesal de la información confidencial, cfr. Peiteado Mariscal, pp. 273-286: la preservación frente a terceros comporta una limitación del principio de publicidad del proceso, mientras que frente a las demás partes del proceso supone una limitación del derecho a un proceso con todas las garantías.

Este es el contexto en el que ha de desenvolverse el análisis de las medidas de protección de los secretos empresariales y, en un plano más general, de los instrumentos para preservar la información confidencial que ha de aflorar en un proceso judicial.

II. SECRETO EMPRESARIAL, INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y SOLAPAMIENTO NORMATIVO

1. UNA PRECISIÓN PRELIMINAR: SECRETO EMPRESARIAL E INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Secreto empresarial e información confidencial son nociones que se entrecruzan al abordar este tema y, más en concreto, a la hora de definir el régimen jurídico de las medidas para su protección.

Las razones por las que una información relevante para un proceso es confidencial pueden ser muy variadas. Una de ellas es que esa información tenga la consideración de secreto empresarial. Por eso, puede decirse que la información confidencial es el género y el secreto empresarial, a estos efectos, es una especie⁷. Por secreto empresarial hay que entender, en sentido estricto, aquel que cumpla con lo establecido en el artículo 1 LSE⁸, en virtud del cual se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

⁷ Sobre la distinción entre secreto empresarial e información confidencial que no merece dicha consideración, cfr. Massaguer Fuentes (2020), p. 323.

⁸ Cfr. Massaguer Fuentes (2019), pp. 50-64; Girona Domingo, *sub* IV; con carácter previo a la aprobación de la LSE, cfr. Suñol Lucea, *passim*.

Como ejemplos de información o conocimiento que pueden ser secreto empresarial se pueden ofrecer los siguientes⁹: las fórmulas químicas o matemáticas —entre estas destacan de forma singular, en los últimos años, los algoritmos y los códigos fuente; los procesos o métodos de fabricación; las recetas; los libros de laboratorio; la información sobre organización o mantenimiento de un producto o una planta industrial; un producto, incluidas sus especificaciones técnicas; información comercial, financiera u organizativa; las estrategias, los planes de negocio y el marketing de una empresa; la información sobre clientes o proveedores; los acuerdos comerciales; y las fuentes de financiación, contratos y costes de producción de una empresa (precios de compra, estructura de los salarios).

Pueden ser otras las razones, sin embargo, por las que una información merece el calificativo de confidencial. Y esto, a su vez, puede determinar que el soporte que contenga dicha información merezca protección o que la persona que disponga de ella esté sujeta a ciertas prohibiciones o a ciertas obligaciones. Así sucede, v.g., cuando la información se refiera a datos personales protegidos o a la vida privada de un particular; cuando se trata de secretos de Estado que afecten a la seguridad nacional; cuando se ha suministrado a un abogado para la defensa de una posición jurídica; o, por poner un último ejemplo, cuando se ha compartido en el marco de una negociación encaminada a evitar el nacimiento de un litigio o a ponerle fin de manera consensual.

En muchas ocasiones —y se verá seguidamente— las normas no distinguen las razones por las que una información es confidencial, pero consideran la confidencialidad como una circunstancia de relevancia y con consecuencias jurídicas, también procesales. Esto permite simplificar la regulación y ofrecer un tratamiento común a cualquier información o soporte de información confidencial, especialmente cuando se trata de disponer medios o mecanismos para tratar de protegerla, sea frente a su revelación, sea debido a que ha de ser revelada en un proceso.

Cuál sea la razón por la que cierta información es confidencial, por supuesto, condiciona su régimen más sustantivo, esto es, el carácter absoluto o relativo y, por ende, el margen de que dispone el ordenamiento para imponer a su titular el deber de revelarla. Esa protección sustantiva es elevadí-

⁹ Este listado no aspira a ser completo e incluye, entre otros, los ejemplos ofrecidos en el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial de los Juzgados Mercantiles (p. 2) y por Zárate Conde/Mañas de Orduña (*sub* IV.5), dando cuenta de aquellos a los que la jurisprudencia penal ha atribuido esta consideración.

sima, v.g., en el caso de la información que recibe un abogado en sus funciones de asistencia —como evidencia el artículo 16 de la recién aprobada Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa— en el de la información que recibe un eclesiástico en el ejercicio de su ministerio; lo mismo sucede con las declaraciones en el marco de un programa de clemencia o las solicitudes de transacción en procedimientos de reclamación de daños *antitrust* [art. 283 bis i) 6 LEC]. No ocurre lo mismo con los secretos empresariales, cuya confidencialidad no comporta una inmunidad absoluta, esto es, no supone un límite infranqueable: es posible que un tribunal obligue a su titular a que facilite a otro sujeto esa información confidencial, en la medida en que resulte necesario y proporcionado en función de una ponderación de intereses¹⁰.

En cualquier caso, cuando la confidencialidad es relativa, como ocurre con los secretos empresariales, es importante subrayar que su limitación está sujeta a una regla de ponderación o proporcionalidad, porque solo así es posible determinar la procedencia de imponer un sacrificio a un sujeto: solo bajo ciertas circunstancias puede un sujeto verse obligado a soportar la revelación de un secreto o las consecuencias de no hacerlo. En esa ecuación de ponderación, por supuesto, hay elementos puramente materiales, esto es, ha de ponderarse la importancia del secreto empresarial para quien quiere mantenerlo secreto frente a la importancia de la tutela judicial que quiere obtener quien aspira a su levantamiento. También hay que ponderar el peso de las apariencias de fundamento, para evitar las “expediciones pesqueras” y los abusos. A mi juicio, además, existe un elemento esencial que planea sobre todo este régimen, que es el de la contrapartida a la revelación, esto es, las medidas de preservación de la confidencialidad del secreto revelado: su existencia y su eficacia son imprescindibles para legitimar el levantamiento de una confidencialidad que, de ordinario, el ordenamiento considera legítima y con cuya preservación está comprometido (v.g., a través de su tutela penal, arts. 278 a 280 CP).

Si existen medidas que se pueden considerar eficaces en abstracto y si se comprueba que en concreto lo son (eficaces), entonces será más aceptable la exigencia de sacrificio al titular o al detentador de la información confidencial. Y está claro que este dato lo tiene en cuenta el tribunal que ha de decidir sobre el levantamiento del secreto y que condiciona su juicio de

¹⁰ Cfr. también Massaguer Fuentes (2020), 328. Así lo reconoció igualmente el TJUE en el asunto C-438/04 (*Mobistar SA c. IBPT, Belgacom Mobile SA y Base SA*), señalado por Ormazabal Sánchez como *leading case* en este punto (p. 224).

ponderación. Por eso la determinación de cuándo debe ceder el derecho al secreto está intrínsecamente vinculada al concreto contenido y eficacia de las medidas tendentes a compensar la revelación¹¹. El legislador, en otros términos, no puede limitarse a regular lo primero y a dejar en el aire lo segundo (o, lo que es lo mismo, a hacer una referencia genérica a “las medidas que resulten oportunas con arreglo a la normativa vigente” o similar). De ahí la relevancia de precisar cuáles son en concreto las medidas que un tribunal puede acordar y cuál es su coercibilidad.

2. EL PROBLEMA DEL SOLAPAMIENTO NORMATIVO

La determinación de las medidas que pueden adoptarse y el modo en que han de adoptarse dependen, por supuesto, de lo que dispongan las leyes. Como se verá más adelante, existe en este ámbito cierto margen para la creatividad judicial, pero ha de ser en todo caso conforme con lo que las leyes hayan permitido y/o establecido.

El problema es que el régimen normativo no es claro, pues contiene tantos solapamientos como lagunas: hay extremos que se regulan de forma diversa en función del texto que se aplique; y hay igualmente extremos que no encuentran regulación explícita, a pesar de que hay una genuina necesidad normativa.

A lo anterior debe añadirse la convivencia de reglas especiales, referidas a los secretos empresariales, junto con reglas generales, relativas sin más a la información confidencial, sin mayores precisiones. En relación con esto último, resulta igualmente reprochable la frecuencia con que, detectada por el legislador la necesidad de proteger la confidencialidad de una información que ha de aflorar en un proceso judicial, se efectúa por este una remisión genérica al régimen jurídico aplicable, sin mayores especificaciones, algo que deja al operador jurídico en el terreno de la falta de seguridad jurídica, pues le obliga a acudir a las reglas sustantivas en relación con la naturaleza del sector al que pertenece la información confidencial. Y esta operación de integración a veces es factible, porque existen esas reglas a las que se remite la ley procesal (como ocurre, v.g., cuando está en juego la protección de datos personales: cfr. art. 15.3 LSE; o con los deberes de confidencialidad de abogados y procuradores¹²); en otros casos, sin embargo, no lo es tan-

¹¹ Insiste en ello el TJUE en el asunto C-438/04 (cf. nota 10).

¹² Cfr. arts. 21 a 23 del Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo) y los arts. 2.2 y 39 e) del Estatuto General de los Procuradores de España (Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre).

to, porque esas reglas no existen, no son claras o tienen rango meramente deontológico.

Una primera visión del panorama normativo permite identificar al menos cinco bloques de reglas a nivel nacional que pueden resultar aplicables, de un modo u otro, al ámbito que nos ocupa¹³.

a) En primer término, por supuesto, ha de contarse con el artículo 15 LSE. Este precepto desborda lo exigido por el artículo 9 de la Directiva 2016/943, en la medida en que ofrece un marco de protección a los secretos empresariales no solo en procesos que tengan por objeto el ejercicio de acciones por infracción de estos, sino de forma más amplia en cualquier proceso judicial en el que sea necesaria su consideración para resolver sobre el fondo. El artículo 15 LSE contiene una regla general y un elenco de medidas concretas, a las que proporciona un cierto régimen jurídico, tanto sustantivo como procedimental.

Junto a esto, la LSE contiene tres remisiones en bloque a otros textos normativos, que desdibujan la aparente claridad de su artículo 15:

- El artículo 17 LSE permite al futuro actor en un proceso para la defensa de secretos empresariales solicitar del Juzgado de lo Mercantil diligencias de comprobación de hechos con arreglo a lo establecido en la Ley de Patentes: y esta, en esa sede, tiene sus propias referencias a la protección de la información confidencial.
- De forma similar, el artículo 18 LSE también ofrece un tratamiento diferenciado a las medidas de acceso a fuentes de prueba, para las que se remite a los artículos 283 bis a) a 283 bis h) y 283 bis k) LEC —reglas específicas de la litigación en reclamación de daños derivados de infracciones a las normas sobre competencia—, en los que, por supuesto, también se contiene una regulación propia en materia de protección de la información confidencial.
- Finalmente, el artículo 19 LSE permite solicitar medidas de aseguramiento de prueba con arreglo a lo previsto de forma genérica por la LEC y a sus (inexistentes) normas sobre protección de la confidencialidad.

¹³ También se pueden hallar normas sobre protección de información confidencial en el plano de la legislación europea y supranacional (cfr. Peiteado Mariscal, pp. 287-295). La trasposición de algunas de ellas está en el origen de buena parte de las normas internas.

b) La Ley de Patentes, a la que se remite expresamente la LSE en materia de diligencias de comprobación de hechos, contiene en su artículo 122 una regla general sobre tratamiento de la información confidencial que deba aflorar en el contexto de un proceso en materia de patentes¹⁴, sea a través de la práctica de diligencias preliminares o de medidas para el aseguramiento de prueba: el tribunal dispondrá, a petición de las partes, las medidas y actuaciones necesarias para garantizar la confidencialidad de la información requerida y el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte procesal que demande la información¹⁵. Se trata de una previsión muy genérica, que parece atribuir al órgano judicial un poder amplio que, a lo sumo, se hallaría sujeto a exigencias de proporcionalidad —pues los parámetros que se ofrecen son contrapuestos.

Cuando se trata de diligencias de comprobación de hechos (no incluidas en el ámbito explicitado del artículo 122 LP), son hasta dos los preceptos potencialmente relevantes a los efectos que nos interesan. El artículo 124.4 LP, al regular la práctica de las diligencias, impone al juez el deber de “cuidar” de que la diligencia no sirva como medio para violar secretos industriales o para realizar actos que constituyan competencia desleal. El legislador recurre aquí, de nuevo, a una cláusula genérica, que no determina los medios o las medidas para alcanzar ese objetivo. El artículo 123.4 LP, por su parte, sujeta la práctica de las diligencias de comprobación de hechos a la prestación por el peticionario de una caución “para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse” —lo que invita a analizar si esa caución puede ser una medida de salvaguarda del secreto empresarial, extremo este sobre el que se volverá más adelante.

c) Las disposiciones de la LEC, en tercer lugar, pueden entrar en juego desde tres ángulos distintos. En el terreno de lo general, el artículo 298.2, en materia de aseguramiento de prueba —aspecto este en el que la LSE se remite a la LEC— establece la posibilidad de que el tribunal exija la prestación de caución para que puedan desarrollarse las medidas de aseguramiento de prueba, en aseguramiento de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar. Lo mismo hace el artículo 256.3 LEC para las diligencias preliminares, que señala que la caución no está destinada a cubrir únicamente los

¹⁴ Se ha señalado, por ello, que la referencia del artículo 122 LP a “los procedimientos judiciales a que se refiere este capítulo” es incorrecta (excluiría, v.g., las acciones reivindicatorias de la titularidad de una patente) y que debe entenderse hecha a cualquier proceso sobre patentes (por todos, cfr. Cantos Pardo, p. 308)

¹⁵ Cfr., por todos, Massaguer Fuentes (2020), pp. 229-230 y 239; Cantos Pardo, pp. 307-313.

gastos que comporten, sino también los daños y perjuicios que puedan irrogar a la parte contraria. Ambos preceptos, aunque no aluden de forma expresa a la confidencialidad de la información que pueda obtenerse a través de una u otra vía, invitan igualmente a analizar la viabilidad de la caución como medida de garantía de aquella (incluidos los secretos empresariales).

Otros preceptos de la LEC abordan igualmente la cuestión de la confidencialidad en el terreno de lo general, pero sin incidencia aparente en los asuntos que aquí nos afectan. Se trata, en concreto, del artículo 179.4, relativo a la confidencialidad de los datos aportados para solicitar la suspensión de las vistas (v.g., datos relacionados con la salud y la vida privada de los abogados); del artículo 332.2, que alude al deber legal de secreto o reserva de documentos en poder de entidades oficiales; y del artículo 347.1, que disciplina el deber de secreto del perito que intervino en una mediación

d) De mucho más interés son las normas especiales de la LEC relativas a los procesos en materia de propiedad intelectual e industrial, introducidas en trasposición de la Directiva 2004/48¹⁶. Aunque los secretos empresariales no sean manifestaciones ni de propiedad intelectual ni de propiedad industrial a los efectos de la directiva, son muchas las semejanzas y las relaciones cruzadas, que convierten en relevantes las normas previstas para preservar la información confidencial que deba aflorar en los procesos judiciales en que aquellas sean objeto de tutela. En concreto, el legislador de 2006 optó por hacer operativas las previsiones de la directiva introduciendo reglas especiales en materia de diligencias preliminares y de exhibición documental.

En relación con lo primero, se amplió el catálogo de las diligencias preliminares¹⁷ y, en lo que ahora importa, se introdujeron dos previsiones en garantía de la confidencialidad. Así, el artículo 259.3 LEC prevé que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada, de modo que los terceros no accedan a la información. Y el artículo 259.4 LEC establece que la información obtenida a través de las diligencias preliminares especiales en este ámbito se utilice exclusivamente para la tutela judicial de los derechos en juego, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros; como complemento de esta prohibición, el tribunal podrá igualmente atribuir carácter

¹⁶ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, DO L 195 2.6.2004, incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006).

¹⁷ Con las establecidas en los nuevos ordinales 7º y 8º del artículo 256.1 LEC.

reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

En cuanto a las medidas de exhibición documental entre partes, el artículo 328.3 LEC habilita al tribunal, a instancia de cualquier interesado, para atribuir carácter reservado a las actuaciones, de nuevo para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

e) Finalmente, es inevitable remitirse a las normas de la LEC que regulan las medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos en reclamación de daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de la competencia, pues así lo impone la LSE en su artículo 18. Las previsiones de la LEC en este punto son muy detalladas, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, y dedican una atención singular a la protección de la información confidencial¹⁸.

El marco general lo ofrece el artículo 283 bis b) LEC. Ante todo, establece los cánones para determinar cuándo procede —y cuándo no— requerir la exhibición de pruebas que contengan información confidencial. Anuncia, asimismo, algunos límites aparentemente insalvables, asociados a la confidencialidad entre abogado y cliente. Pero, sobre todo, impone al tribunal que acuerde el acceso el deber de tomar “medidas eficaces” para proteger la información confidencial y ofrece, a tal fin, un elenco de posibles medidas, a modo de lista abierta¹⁹: 1.^a Disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes; 2.^a Realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas; 3.^a Limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas; 4.^a Encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial; 5.^a Redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan datos confidenciales; 6.^a Limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad.

El artículo 283 bis c) LEC menciona igualmente la posibilidad de que el tribunal supedite la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba a que el solicitante preste una caución suficiente para responder tanto de los gastos como de los daños y perjuicios que pueda causar “una utilización indebida de aquellas”.

¹⁸ Cfr., por todos, Gascón Inchausti (2017), pp. 8-9.

¹⁹ El listado está tomado del considerando 18 de la Directiva 2014/104.

Finalmente, el artículo 283 bis k) LEC, incluido también en la remisión del artículo 18 LSE, se ocupa de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba. Ofrece con ello un muestrario de soluciones de especial utilidad a la hora de abordar la coercibilidad de las medidas de garantía, como se verá también más adelante.

Puede apreciarse, en resumidas cuentas, que el panorama normativo es amplio y está totalmente desestructurado²⁰. La elaboración del *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, a iniciativa de la Sección de Derecho de la Competencia del Tribunal Mercantil de Barcelona, es la muestra más clara de la conveniencia de contar con un marco jurídico más claro. Cuando se trata de la protección de los secretos empresariales podría pensarse que el desorden se puede soslayar, dada la existencia de una regulación específica, la que se deduce del artículo 15 LSE. Ahora bien, debe recordarse que en este punto la LSE resulta de aplicación de manera amplia, no solo en los procesos por vulneración del secreto empresarial, lo que puede ser fuente de conflicto normativo. En efecto, cuando la necesidad de proceder al levantamiento de un secreto empresarial se produzca en el marco de un proceso en materia de patentes, marcas o competencia desleal, existe una remisión de la LSE a la LP y, en todo caso, cabe igualmente plantearse la aplicabilidad de las normas especiales de la LEC para los procesos dirigidos a obtener la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Lo mismo sucede si es necesario acceder al contenido de un secreto empresarial en el marco de un proceso de reclamación de daños *antitrust*, con su propio régimen jurídico específico en materia de confidencialidad. Cabe contemplar en estos casos una aplicación complementaria o integradora de la LP o de la LEC, que en varios aspectos parecen establecer lo mismo —o casi lo mismo— que la LSE, solo que con otras palabras; lo que no es posible, a mi juicio, es que una aplicación complementaria o integradora de la LP o de la LEC resulte contradictoria con la LSE, que no deja de ser la *lex specialis* en este punto. Y esto se proyecta, de modo singular, sobre el contenido de las medidas de garantía de la confidencialidad, como se verá seguidamente.

²⁰ Peiteado Mariscal (p. 308) señala que “no existe planteamiento ni criterio generales sobre estas cuestiones, se ha ido legislando de manera sucesiva y estanca sobre las materias afectadas por la legislación de la UE, de modo que hay normas sobre tratamiento de la información confidencial en la LEC y fuera de la LEC, y además esas normas no coinciden exactamente entre ellas”.

III. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA CONFIDENCIALIDAD DE UN SECRETO EMPRESARIAL QUE HA DE SER REVELADO EN UN PROCESO: PREMISAS GENERALES

Dado lo disperso y fragmentario del panorama normativo, parece razonable sentar una serie de bases o premisas generales que han de tenerse en cuenta cuando se plantea la necesidad de desvelar en todo o en parte un secreto empresarial en el marco de un proceso judicial.

1. No existe en nuestro ordenamiento un catálogo o lista cerrada de medidas de protección de la confidencialidad: las fórmulas utilizadas por la LSE, la LP y la LEC son genéricas y, cuando enuncian posibles medidas, lo hacen a título ejemplificativo, no cerrado²¹.

De esta premisa se deducen, al menos, dos consecuencias:

- Se pueden acordar medidas distintas de las mencionadas expresamente por el legislador. Esto determina, a su vez, que algunas medidas específicas, previstas expresamente en ámbitos distintos a los de la protección de los secretos empresariales, se puedan utilizar también en este sector, si se considera, a la luz de las circunstancias del caso, que son idóneas y proporcionadas²².
- Se pueden introducir alteraciones o modificaciones en el contenido y alcance de aquellas que están mencionadas y reguladas expresamente por el legislador.

Por el contrario, la ausencia de catálogo o lista cerrada no significa que el juez tenga el poder de ignorar mandatos o prohibiciones claramente establecidos en la ley: y eso es lo que sucede con el artículo 15 LSE, que pone ciertos límites a las medidas de protección (v.g., a la hora de establecer el mínimo de personas que han de tener acceso al secreto empresarial).

2. Cuando están en juego derechos e intereses privados, la adopción de las medidas en garantía de la confidencialidad debería regirse por el principio dispositivo. Y esto, de nuevo, comporta una serie de consecuencias adicionales:

- Las medidas de protección solo deberían adoptarse a instancia de parte y, más en concreto, a instancia de la parte titular de la información confidencial. Así se prevé expresamente en varios de los textos de la

²¹ Cfr. también *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* (p. 5); Lissén Arbeloa/Guillén Monge, *sub VII*; Moreno García, p. 123.

²² En este sentido cfr. también Massaguer Fuentes (2020), pp. 325 y ss., quien habla de “medidas innominadas”.

LEC (arts. 259.3, 259.4 y 328.3) y de la LP (art. 122). De forma llamativa, la LSE se erige en excepción y permite su adopción de oficio, a pesar de que la tutela de los secretos empresariales entra de lleno en el ámbito de la autonomía de la voluntad²³. A mi juicio, se impone una interpretación restrictiva, de modo que una hipotética adopción de oficio solo debería considerarse aceptable en tres escenarios: i) cuando el juez entienda que, de algún modo, el levantamiento del secreto empresarial podría afectar al interés general o al orden público (pero es difícil de imaginar que en tal caso el titular del secreto no lo haya invocado); ii) cuando el titular (o uno de los titulares) de derechos sobre el secreto empresarial no es parte en el proceso (se trata de un tercero) o no ha llegado a incorporarse al proceso (está en situación de rebeldía); y iii) cuando sostienen posiciones enfrentadas sobre esta cuestión los cotitulares del secreto o de la información confidencial (o, si se prefiere, los potenciales perjudicados por su divulgación), aunque en tal caso, en puridad, no cabe hablar de adopción de oficio, sino a instancia de una de las partes enfrentadas.

- El tribunal (salvo en los casos singulares mencionados antes) está vinculado por los acuerdos a que hayan llegado las partes en relación con este extremo, esto es, en relación con la divulgación en sí y con las medidas de protección. Es incluso posible que esos acuerdos sean previos al proceso —aunque, nuevamente, resulta bastante difícil de imaginar: se puede pensar, a título de ejemplo, en una cláusula de este tipo incluida en un pacto de confidencialidad y no competencia suscrito entre una empresa y un directivo que la abandona, en el que este se comprometa a facilitar su nueva lista de clientes en caso de ser demandado por incumplimiento del pacto.
- El tribunal (salvo en los casos singulares mencionados antes) no debería adoptar medidas más gravosas que las pedidas por la parte perjudicada; por el contrario, y en virtud de las reglas sobre proporcionalidad, puede acordar medidas más benignas, si las considera suficientes.

3. Ha de tenerse presente, en todo caso, que se trata de medidas acordadas por una autoridad judicial en un contexto procesal. Las adopta un juez y respecto de sujetos que, o bien estaban inicialmente sujetos a su potestad (las partes) o bien pasan a estarlo como consecuencia de las medidas (los

²³ En este punto, el legislador español optó por convertir en norma algo que la Directiva solo le ofrecía como posibilidad. Lo critica, con acierto, Peiteado Mariscal (p. 316)

terceros). Y esa sujeción se prolonga en el tiempo, tal vez incluso más allá de lo que dure el propio proceso: terminado el proceso puede quizá desaparecer la sujeción al concreto juez que las adoptó, pero en tanto sigan vigentes se tratará de medidas judiciales y esto es relevante a la hora de medir las consecuencias de su incumplimiento.

4. En la medida en que puedan verse comprometidos derechos fundamentales será necesario atenerse a las exigencias del principio de proporcionalidad, con incidencia reforzada en dos aspectos específicos: la preservación de la mínima incidencia (algo básico) y la necesidad de “motivación reforzada”, esto es, el deber del tribunal de dar cuenta en la resolución de ese juicio de proporcionalidad y de los términos en los que lo ha formulado y resuelto.

IV. MEDIDAS ESPECÍFICAS

Sentado lo anterior, se puede confeccionar una suerte de elenco de medidas que, al menos *a priori*, parecen idóneas para asegurar la confidencialidad de un secreto empresarial que ha de ser revelado en el marco de un proceso.

1. LA IMPOSICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DIVULGACIÓN Y DE UTILIZACIÓN

La medida básica e irrenunciable, en caso de que se considere adecuado en un caso concreto forzar la revelación de un secreto comercial, es la imposición de un deber de reserva *lato sensu* y de una prohibición de utilización. La LSE lo precisa en su artículo 15.1 en términos bastante extensos, que posiblemente hagan innecesaria la integración con otras normas —esas otras normas son mucho más escuetas y mencionan de forma genérica la prohibición de divulgar o de comunicar la información, sin más precisiones.

El ámbito subjetivo de esta medida es enormemente amplio y se puede definir “por contacto”: afecta a las partes, a sus abogados, a sus procuradores, al personal de la Administración de Justicia, a los testigos, a los peritos y —cláusula de cierre— a cualesquiera otras personas que intervengan en un proceso o que tengan acceso a documentos obrantes en un proceso por razón de su cargo o de la función que desempeñan y que hayan tenido conocimiento del secreto empresarial a raíz de dicha intervención o de dicho acceso. Quedan fuera, por tanto, quienes hayan conocido el secreto empresarial al margen del proceso (incluidos quienes lo hayan hecho a través de quienes sí tuvieron “contacto” con él en el proceso). Estos sujetos

no cubiertos por esta medida tampoco tendrán derecho a divulgarlo, pero el fundamento de esa prohibición será el que deriva de otras normas, no del artículo 15.1 LSE.

El contenido de la medida es la prohibición de utilización y de revelación del secreto empresarial, pero está supeditado a que la información haya sido declarada confidencial por parte del tribunal.

El esquema, por tanto, es peculiar: la prohibición es, en puridad, legal y deriva del artículo 15.1 LSE; pero está supeditada a una previa actuación judicial, consistente en la declaración por el juez de que una información tiene el carácter de confidencial por constituir un secreto empresarial. Ahora bien, ¿puede un juez negarse a atribuir la condición de confidencial a una información que considere que constituye secreto empresarial? A mi juicio, no: realmente, lo que ha de hacer el juez es verificar que se cumplen los requisitos del artículo 1 LSE, al menos en apariencia; si es así, por definición ha de otorgarle el estatus de confidencial, algo que automáticamente activará el deber de reserva y la prohibición de divulgación y utilización.

Volviendo al contenido, la prohibición de *revelación* está clara: no se puede comunicar a nadie que hasta entonces lo desconociera; no la habrá, por el contrario, si la persona con la que se intercambia la información ya la conoce, precisamente “por contacto” o por otro motivo válido. Resulta más difícil determinar, en cambio, qué se entiende por *utilizar* el secreto empresarial: cabe entender que consiste en sacar provecho de él, sea por copia o imitación, o por la posibilidad de mitigar con medidas propias la ventaja competitiva que frente a uno proporcionaba al otro el secreto; y este es, posiblemente, el objetivo principal de la medida, pues es el mayor temor del sujeto obligado a revelar el secreto. Es evidente, en todo caso, que las meras prohibiciones de revelación y de utilización no son, en sí mismas, suficiente garantía, si no está asegurado un nivel elevado de coercibilidad que las haga creíbles —volveré sobre este extremo más adelante.

La duración de esta medida es indefinida y está supeditada a que el secreto empresarial al que se ha accedido lo siga siendo: por eso, el artículo 15.1 II LSE se limita a señalar que tiene vigencia “incluso tras la conclusión del procedimiento” y que solo cederá en dos situaciones:

a) En sentencia firme se declara que la información no es secreto empresarial: la ley parece estar pensando en procesos que tienen como objeto principal la tutela de un secreto empresarial y en los que cabe esperar un pronunciamiento de este tipo. No obstante, sería igualmente posible hallar

un pronunciamiento de esta índole en otros procesos judiciales, si este extremo ha sido también objeto controvertido.

En todo caso, esta previsión pone de manifiesto que la declaración de “confidencialidad” que hace el juez inicialmente para activar la medida de protección se basa en meras apariencias y que no produce necesariamente efectos de cosa juzgada. Eso sí, cuando el proceso no es un proceso de tutela judicial del secreto empresarial, se corre el riesgo de que esta declaración, por muy “sumaria” que pueda ser, acabe desplegando sus efectos durante mucho tiempo. Si algún sujeto afectado por la prohibición tiene interés en que esa apariencia se suprima, no le quedará más remedio que solicitarlo de algún modo en el proceso (v.g., se puede pedir en la audiencia previa al juicio y no debería rechazarse, pues no afecta al fondo del asunto; o se puede plantear un incidente de previo pronunciamiento).

b) Con el tiempo, la información pasa a ser de conocimiento general o fácilmente accesible en los círculos en que normalmente se utilice. Se trata de algo que, en rigor, solo se podrá saber si pretende reclamarse la coercibilidad de la medida y se aduce como defensa por el sujeto afectado.

En cuanto a las herramientas para asegurar el cumplimiento efectivo de las prohibiciones, serán objeto de examen común más adelante, pues son el verdadero *crux of the matter* en este asunto. Se ha sugerido, como complemento, que se imponga a quienes tengan conocimiento del secreto empresarial la firma de un compromiso de confidencialidad²⁴; en rigor, parece superfluo, pues el origen del deber está en la propia disposición legal, aunque la exigencia de firma del compromiso puede actuar como refuerzo, aunque sea a modo de placebo.

2. MEDIDAS DESTINADAS A PROTEGER EL SECRETO EMPRESARIAL FRENTE A LA CONTRAPARTE

La medida genérica de prohibición de revelación y utilización es una suerte de “antibiótico de amplio espectro”: si fuera plenamente eficaz no haría falta nada más. No obstante, el legislador ha previsto medidas más

²⁴ Irigoyen Fujiwara, Comentario al artículo 15. El *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* (p. 9) lo asume igualmente y señala el contenido mínimo que debería tener: no revelar la información obtenida sin autorización judicial; no utilizar fuera del proceso la información obtenida sin autorización judicial; no hacer copias no autorizadas de la información a la que se accede.

específicas, a modo de fármacos más selectivos, que son parcialmente diferentes en función del foco de riesgo sobre el que se quiera incidir.

En la mayoría de las ocasiones, el foco de riesgo está en la contraparte: subyace, por tanto, un temor a la ineficacia de la medida general, posiblemente más acusado en lo que atañe a la utilización indebida del secreto empresarial que a su divulgación a terceros.

2.1. ¿Qué ofrece la LSE para combatir este riesgo?

En concreto, el artículo 15.2 LSE permite reforzar la prohibición de revelación y utilización con dos medidas adicionales, que dependen del contexto procesal en que deba producirse la actuación que comprometa el secreto empresarial.

a) Será habitual que el secreto empresarial pueda quedar expuesto por la aportación al litigio de algún documento o soporte de información que lo contenga. En tal caso, la medida adicional que ofrece el artículo 15.2 a) LSE consiste en restringir a un número limitado de personas el acceso a ese documento, objeto, material, sustancia, fichero electrónico u otro soporte que contenga la información que pueda constituir en todo o en parte secreto empresarial.

Es más, dado el carácter meramente enunciativo de la ley en este punto, cabe pensar en la posibilidad de que haya diversos niveles de acceso restringidos a personas o grupos de personas igualmente diferentes, en función de quiénes sean esas personas (o sus funciones) y de cuál sea el contenido de los documentos o soportes. Este precepto —y la medida que esboza— puede verse, por ello, como un ejemplo de “anillo” o “círculo de confidencialidad”²⁵. En sectores como el de la litigación por daños *antitrust* o el de las acciones colectivas por daños masivos a los consumidores la técnica de los círculos de confidencialidad se recomienda desde instancias públicas como una opción válida para reequilibrar la asimetría informativa y preservar la confidencialidad, teniendo en cuenta la posible necesidad de manejar un volumen muy elevado de documentos y fuentes de prueba equivalentes²⁶. Tratándose de secretos empresariales, en cambio, es posible que la necesidad de definir diversos estratos no sea tan esencial; es algo,

²⁵ Así lo hace, sin ambages, el *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, pp. 8-10.

²⁶ Cfr. la *Comunicación de la Comisión sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE* (DOUE 242, 22.7.2020, pp. 1-17).

en cualquier caso, que habrá de calibrarse en función de las circunstancias del caso concreto, tal y como hayan quedado acreditadas por las partes²⁷.

Sea como fuere, la LSE impone una pauta y un límite infranqueable a la hora de determinar quiénes tendrán ese acceso.

La pauta es sencilla: “la determinación del número de personas [...] habrá de respetar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”. Cabe precisar, antes que nada, que la referencia al “número” de personas encierra, en realidad, una referencia a la identidad de esas personas, normalmente asociada al papel o funciones que desempeñan, sea en el proceso, sea en el organigrama de las partes procesales. El respeto al derecho a la tutela judicial efectiva lleva ínsita una exigencia de utilidad: el acceso al documento o soporte de información ha de otorgarse a quien esté en condiciones de poder utilizarlo para el fin para el que se obtuvo el levantamiento del secreto, esto es, a alguien que sea capaz de servirse de su contenido para sostener en él de forma legítima una pretensión de tutela o de defensa en el marco del proceso en curso o que esté pendiente de iniciarse. Sería una burla, por tanto, que en el círculo de confidencialidad se incluyera a quien no sabría aprovechar el acceso recibido. Y también lo sería que el acceso otorgado fuera asimétrico y colocara a una de las partes en una posición ventajosa respecto de la otra, una quiebra del principio de igualdad de armas que comprometería a su vez el derecho a un juez imparcial.

En cuanto al límite infranqueable, se exige que en el círculo de quienes tengan acceso al soporte del secreto empresarial se incluyan, “al menos, una persona física de cada una de las partes y sus respectivos abogados y procuradores”. Esta regla, en rigor, es una concreción de mínimos en cuanto a las pautas antes descritas. Que deba acceder el abogado es preciso por razones básicas del derecho de defensa, dado que su actuación será presumiblemente preceptiva en estos litigios; lo mismo ocurre con el procurador, que ha de vehicular los actos procesales a través de los que se ejercitan las pretensiones y defensas fundadas en el conocimiento de la información confidencial revelada. En cuanto a “una persona física de cada una de las partes”, es un imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva y su determinación, sin duda, será uno de los elementos clave en el diseño

²⁷ El *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* (p. 8) lo admite también como una posibilidad, que permitiría distinguir entre el acceso que se otorga a los abogados externos y a los abogados *in house*, que debería ser más limitado.

de la medida²⁸: ha de tratarse de una persona que esté en condiciones de utilizar la información de forma eficaz en la defensa de la posición jurídica, en conjunto con el abogado —lo razonable sería que el abogado estuviera especializado en la materia, para poder aprovechar realmente la información, pero es algo que escapa al control del tribunal y que queda sujeto a las relaciones abogado-cliente y a la deontología profesional de quien asumiera un encargo que no estuviera en condiciones de desarrollar de manera adecuada.

Tan importante como la definición del círculo de personas que habrán de tener acceso a la información será la forma en que dicho acceso ha de verificarse, que ha de reflejar también un equilibrio entre derecho de defensa y proporcionalidad.

Ha de tratarse de un acceso que permita conocer la información con el nivel de exhaustividad que requiera la defensa de la posición jurídica. Al mismo tiempo, debe evitarse una exposición innecesaria al riesgo de utilización indebida o de divulgación ulterior. Por eso, en general, no debería ser necesario proporcionar documentos, soportes, muestras o copias, sino solo permitir que se conozca su contenido, algo para lo que puede ser suficiente con su lectura, visualización y la correspondiente toma de notas (no de fotografías). En todo caso, ha de apreciarse como la medida de protección de la información se puede acabar identificando con el modo de permitir el acceso a esa información por parte de quien ha logrado que el tribunal se lo conceda (se confunden, pues, acceso a la información y medidas de protección del secreto).

²⁸ El *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* contempla la posibilidad de que, en casos excepcionales, se pueda vetar el acceso a las partes y/o a sus representantes legales internos, “cuando la información pueda ser altamente sensible por afectar a las relaciones entre competidores”. A mi juicio, sin embargo, por muy conveniente que pueda considerarse, lo prohíbe el tenor literal del precepto —que en esto, además, es fiel trasposición del mandato del legislador europeo (en sentido semejante también Ormazabal Sánchez, pp. 234-236, y Peiteado Mariscal, p. 326). Cuestión distinta es que el tribunal pueda exigir a la entidad afectada que cambie la persona propuesta por ella para ser quien tenga acceso a la información, si se aprecia riesgo de fraude o abuso. Así se deduce, de hecho, de uno de los pasajes del considerando 25 de la Directiva de 2016: “En el supuesto de que alguna de las partes sea una persona jurídica, la parte en cuestión debe poder proponer a una o varias personas físicas que han de formar parte del citado círculo restringido de personas para garantizar la correcta representación de esa persona jurídica, sin perjuicio de que se ejerza el correspondiente control jurisdiccional con el fin de impedir que se menoscabe el objetivo de restringir el acceso a las pruebas y las vistas.”

A tal fin será necesario que el tribunal adopte disposiciones complementarias o de desarrollo, que no pueden desvincularse del actual contexto de digitalización de la actividad judicial.

Si el volumen de la información a la que se deba dar acceso no es elevado, la gestión puede quedar en manos del propio órgano judicial.

Quando el soporte que contenga la información se haya aportado de manera física, su consulta habrá de efectuarse en la sede del tribunal, bajo supervisión de un funcionario judicial, en los días y horas que se consideren adecuados y convenientes para los sujetos a los que se haya concedido acceso²⁹. Dado que el soporte de la información es parte de las actuaciones del proceso, cabe esperar que el tribunal ordene su custodia —igualmente física— en las dependencias de la oficina judicial, bajo el control del Letrado de la Administración de Justicia y sin que nadie pueda acceder a él —salvo el propio juez³⁰. Si la aportación ha sido digital, el acceso podrá asegurarse igualmente en la sede judicial, bajo supervisión del tribunal, en términos equivalentes a los enunciados en el párrafo anterior. En cuanto a su custodia, se pueden imaginar al menos dos opciones: excluirlo del expediente judicial electrónico, pero custodiándolo de manera digital en los servidores del órgano judicial; o arbitrar mecanismos para que esa parte del expediente judicial electrónico no esté accesible más allá de las personas autorizadas. En relación con esto, debe recordarse que el artículo 140.3 LEC ya contiene una regla que permite la exclusión del acceso a los expedientes judiciales, atribuyéndoles en todo o en parte carácter reservado³¹.

Quando el volumen de la información a la que se deba dar acceso sea elevado, puede ser pertinente acudir a la técnica de las “salas de datos” (*data rooms*), en modalidad física o digital —o con una mezcla de ambas—³². Esta forma de dar acceso a información confidencial, que forma parte igualmente de las recomendaciones que se suelen efectuar para arbitrar el acce-

²⁹ Cfr. también *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 9.

³⁰ Cfr. también *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* (p. 7); Irigoyen Fujiwara, Comentario al artículo 15; Ormazabal Sánchez, p. 237.

³¹ El precepto establece lo siguiente: “3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales por medio de auto podrán atribuir carácter reservado a la totalidad o a parte de los autos cuando tal medida resulte justificada en atención a las circunstancias expresadas por el apartado 2 del artículo 138.

Las actuaciones de carácter reservado sólo podrán ser conocidas por las partes y por sus representantes y defensores, sin perjuicio de lo previsto respecto de hechos y datos con relevancia penal, tributaria o de otra índole.”

³² Ormazabal Sánchez, p. 237, sostiene que la creación de una sala de datos sería una medida de protección de la confidencialidad no prevista en la LSE; a mi juicio, se trata más bien de una forma de organizar el acceso a la información confidencial con arreglo a lo establecido en aquella.

so a fuentes de prueba en procesos por daños *antitrust*³³, requiere un margen razonable de coordinación entre el tribunal y las partes. Los desarrollos tecnológicos, por otro lado, pueden servir para reforzar que el acceso solo se haga por quien tiene autorización a tal fin y para que de todo acceso quede la correspondiente huella digital (la tecnología tipo *blockchain* se puede revelar de gran utilidad)³⁴.

Un ejemplo interesante lo ofrece el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (Mag. E. Pastor Martínez)³⁵, que aborda una petición de medidas de acceso a fuentes de prueba en un asunto de litigación *antitrust* y acuerda que, para proteger la confidencialidad de la información, el acceso se desarrolle a través de una sala de datos, cuyo funcionamiento se detalla en la propia resolución en los siguientes términos:

“58. De este modo, los datos relacionados con la segunda solicitud, serán volcados en una sala de datos que Daimler recreará y preparará, con la finalidad de dar satisfacción a la tutela que se concede a los solicitantes, en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente.

59. La exhibición se desarrollará en las oficinas de la dirección letrada de Daimler abiertas al público en la ciudad de Valencia, de manera inmediata a la expiración de ese lapso de preparación, durante los siete días laborales siguientes en horario de 9:00-14:00 horas, de manera ininterrumpida.

60. La preparación estribará en la plasmación de los datos que se correspondan con la medida concedida en toda su amplitud en soporte informático que permita su reproducción a través de un ordenador personal de Daimler, que será igualmente dispuesto a tal efecto en la sala de datos, para su utilización por los solicitantes.

61. La exhibición se realizará con presencia facultativa de un asistente legal y un perito designados por Daimler al efecto. Del mismo modo, los solicitantes serán representados por un asistente legal y un perito designados al efecto.

62. La sala de datos estará equipada para permitir que los representantes de los solicitantes puedan tomar anotaciones y reproducir los datos plasmados en ese soporte. Los datos reproducidos podrán ser conservados por los solicitantes y extraídos de la sala de datos. El alcance de la reproducción será solo parcial para cada categoría de datos, en la medida en que resulte necesario para tomar un muestreo suficiente para la elaboración de un estudio comparativo [...], que pueda ser considerado holístico y robusto [...].”

³³ Cfr. las recomendaciones que proporciona la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea bajo la rúbrica *Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation*, así como las *Standard Data Room Rules*, disponibles en la dirección https://competition-policy.ec.europa.eu/index/data-rooms-and-confidentiality-rings_en (último acceso 6 de abril de 2024).

³⁴ Cfr. también *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 7; Lissén Arbeloa (2020), *sub* 4.4; Irigoyen Fujiwara, Comentario al artículo 15. ECLI:ES:JMV:2019:48A.

³⁵ ECLI:ES:JMV:2019:48A.

El mismo magistrado desarrolla el mecanismo en una resolución posterior, el auto de 28 de mayo de 2020³⁶:

“(i) La sala de datos podrá realizarse de manera virtual o presencial, a elección de la parte actora, siempre que puedan preservarse igualmente los derechos de confidencialidad y custodia de sus datos que en ambos casos le asisten y siempre que la modalidad virtual garantice la misma funcionalidad para la parte demandada.

(ii) Para la modalidad presencial, también para la virtual en cuanto se ajusten a su especial naturaleza, se observarán las reglas siguientes, junto con aquellas directrices ampliatorias que se consensuen entre las partes:

a) La información estará disponible en una sala preparada al efecto por la parte actora, en las dependencias de su equipo de abogados en Madrid. Se dotará una sala equipada de un ordenador de las características técnicas adecuadas para el trabajo a desarrollar, donde se habrán incorporado los datos necesarios para la réplica del modelo sincrónico de su dictamen pericial, se encontrarán disponible el software empleado para su desarrollo y los demás elementos de trabajo que puedan considerarse razonables.

b) La sala de datos estará disponible durante cinco días laborales consecutivos, en horario de 9-15 horas.

c) La parte demandada será convocada al efecto con al menos una semana de antelación.

d) Podrá acceder a la sala de datos un miembro del equipo pericial designado por el actor, junto a un miembro de su dirección letrada. Las mismas reglas serán de aplicación para la parte demandada, acreditándose al efecto ante la dirección letrada de la actora.

e) El equipo pericial de la parte demandada podrá introducir en la sala y en los medios puestos a su disposición la información necesaria a los solos efectos de comprobar que los datos puestos a su disposición son los mismos que los que obran en las actuaciones, sin manipular o alterar en ningún caso la integridad de los datos que le sean exhibidos, que no podrán ser sustituidos a efectos de replicar el análisis econométrico.

f) La dirección letrada de la parte actora establecerá las condiciones de acceso a la sala que resulten proporcionadas y necesarias para la custodia de los datos exhibidos y la preservación de su confidencialidad.

g) El equipo pericial de la demandada podrá tomar sus propias anotaciones y resultados de análisis, disponiéndose una impresora al efecto, custodiando esos documentos y pudiendo extraerlos de la sala, con obligación de confidencialidad y para su sola utilización con los fines para los que la medida ha sido autorizada.

h) La práctica de la medida será de carácter gratuito.”

Como complemento de lo anterior, el *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* sugiere igualmente que se aporten versiones confidenciales y no confidenciales de los documentos que contengan la información secreta, de modo que la versión no confidencial sea accesible y la confidencial sea objeto de las medidas de protección en sentido estricto³⁷. La versión no confidencial podría proponerse por la parte interesada, suprimiendo, tachando o enmendando datos, nombres o pasa-

³⁶ ECLI:ES:JMV:2020:391A.

³⁷ *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 10.

jes, con la correspondiente explicación. A tal fin, sin embargo, es necesario que la versión no confidencial del documento “mantenga su significado y sentido probatorio propio para las partes del proceso, a pesar del tachado o enmienda correspondiente”.

b) En todo caso, y también como complemento de la medida de restricción de acceso, el artículo 15.2 b) LSE prevé que se restrinja a un número limitado de personas el acceso a las vistas, cuando en ellas pueda revelarse información que pueda constituir en todo o en parte secreto empresarial, así como el acceso a las grabaciones o transcripciones de estas vistas. Se aplican, en todo caso, las mismas pautas y límites infranqueables que para el acceso a documentos y soportes.

En efecto, sería un contrasentido que la publicidad de las actuaciones orales sirviese para burlar la eficacia de la restricción de acceso. La medida, en este sentido, puede verse, en parte, como una concreción de la regla general sobre celebración de las vistas a puerta cerrada³⁸ con arreglo al artículo 138.2 LEC³⁹; es más, puede llegar a ser más restrictiva, pues el acceso se reduce a un sujeto por posición procesal. El *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* sugiere que jueces y abogados acoten antes del inicio de la vista o audiencia en qué momentos se va a proceder a interrogar a uno o varios sujetos sobre materia reservada, para poder organizar adecuadamente la celebración a puerta cerrada y la grabación audiovisual separada⁴⁰. A mi juicio, en lugar de una grabación separada, también puede articularse una edición posterior de la grabación única, que dé lugar a una versión no confidencial de la que se hayan suprimido los pasajes que afecten a información confidencial; en efecto, aunque la previsión legal es muy adecuada, la espontaneidad y la dinámica propia de las actuaciones orales pueden conducir a que aflore información confidencial en momentos tal vez no pensados, de modo que la edición posterior puede acabar siendo necesaria.

³⁸ En sentido semejante Ormazabal Sánchez, p. 241.

³⁹ Su tenor literal es el siguiente: “2. Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”

⁴⁰ *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 11.

De manera particular, en lo relativo al acceso a las grabaciones y a las transcripciones⁴¹, se deberían poder aplicar las precauciones apuntadas antes en cuanto al modo de custodiarlas en el expediente judicial electrónico.

c) Finalmente, el literal c) del artículo 15.2 LSE contempla como medida la puesta a disposición de toda persona que no esté incluida entre el limitado número de personas al que se refieren las medidas anteriores de una versión no confidencial de la resolución judicial que se dicte, de la que se hayan eliminado o en la que se hayan ocultado los pasajes que contengan información que pueda constituir secreto empresarial⁴². Esta medida tendrá de ordinario un carácter complementario de las anteriores, pues no será habitual que el titular del secreto empresarial se conforme con este umbral de protección. Se trata, también aquí, de evitar que la regla general de publicidad de las actuaciones se convierta en una potencial brecha para la seguridad de la información, tanto respecto de la contraparte —en lo relativo a los sujetos que han quedado excluidos del círculo de confidencialidad—, como respecto de terceros.

Ha de quedar claro, en cualquier caso, que la “versión confidencial” de las resoluciones debe ser respetuosa con el límite infranqueable del artículo 15 LSE —los sujetos con acceso a la información han de tener acceso a la resolución íntegra—, pues de lo contrario podría verse comprometido el derecho al recurso. Una versión íntegra, por tanto, debería facilitarse a las partes, a sus abogados y procuradores y al propio tribunal *ad quem*, para que los primeros puedan fundar sus escritos de impugnación o de oposición de forma adecuada y el segundo pueda resolver con pleno conocimiento del fondo del litigio. Por otro lado, y aunque el precepto utilice el singular (“la resolución judicial que se dicte”), ha de entenderse aplicable esta medida a *cualquier* resolución judicial que pudiera contener información constitutiva de secreto empresarial⁴³.

⁴¹ Téngase en cuenta, no obstante, que como regla las transcripciones no están permitidas, según se desprende del artículo 230.3 LOPJ: “Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse, salvo en los casos expresamente previstos en la ley” (en el mismo sentido se expresa el artículo 147 III LEC).

⁴² En conexión, de hecho, con el artículo 9.1 h) LSE que, dentro del catálogo de tutelas judiciales que pueden solicitarse frente a una violación del secreto empresarial, incluye “[l]a publicación o difusión completa o parcial de la sentencia, que deberá preservar en todo caso la confidencialidad del secreto empresarial en los términos del artículo 15 de esta ley.”

⁴³ Ormazabal Sánchez, p. 243, menciona expresamente las resoluciones que se adopten en el proceso de ejecución.

Según el *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, la versión no confidencial será la única que estará accesible de forma completa en el expediente y será la que se envíe al Centro de Documentación Judicial; la versión confidencial habrá de custodiarse de forma separada, sea física o digital⁴⁴.

2.2. ¿Algo más, al margen de la LSE?

Cabe plantearse si, al margen de lo previsto expresamente por la LSE —y de los desarrollos de sus normas a través de círculos de confidencialidad y salas de datos—, son posibles otras medidas para cohonestar la protección del secreto empresarial y la necesidad de tutela judicial.

a) Medidas previstas en la LEC para la protección de información confidencial en procesos *antitrust*

Se puede “buscar inspiración”, en primer término, en las reglas de la LEC sobre acceso a fuentes de prueba en reclamaciones de daños *antitrust*. Una comparación entre el catálogo del artículo 283 bis b) 5 LEC y el artículo 15 LSE permite comprobar un cierto nivel de coincidencia, al menos en cuatro de las medidas (la 2ª, la 3ª, la 5ª y la 6ª).

La medida 2ª, consistente en realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas, ya la contempla la LSE. Lo mismo sucede con la medida 3ª (limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas), la medida 5ª (redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido los pasajes que contengan datos confidenciales) y con la medida 6ª (limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad), que se solapan y que están igualmente cubiertas por el artículo 15 LSE. En particular, la inclusión de los peritos, sujetos a obligación de confidencialidad, cabe dentro de los posibles círculos de confidencialidad que puede diseñar el tribunal; es cierto que la inclusión de un perito no forma parte del mínimo imprescindible sentado en la LSE, pero en algunos casos puede ser imprescindible para asegurar que el acceso a la información es realmente eficaz, cuando el papel del perito se considere imprescindible.

⁴⁴ *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 11.

Lo interesante, por tanto, es verificar si podría plantearse el recurso a alguna de las otras dos medidas previstas en la LEC y que no menciona expresamente la LSE:

1.^a Disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes.

4.^a Encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial.

No debería haber duda de la viabilidad de la 1.^a, al menos como medida complementaria de las dispuestas con arreglo al artículo 15 LSE, para evitar que el acceso al expediente judicial se convierta en una vía de dejar sin efecto la preservación del nivel de confidencialidad definido por el tribunal. Resulta más dudosa, en cambio, como medida a título principal y sustitutiva del acceso en sí a la información que represente el secreto empresarial, una vez determinada la necesidad de conocerlo para sostener eficazmente una pretensión o una defensa.

El encargo a peritos de la elaboración de resúmenes en forma no confidencial (medida 4.^a), en cambio, resulta más cuestionable. De un lado, no parece idónea por la propia naturaleza de la medida en sí, que se ve más propia de la litigación *antitrust* y de contextos en que es preciso manejar volúmenes muy elevados de información: esta medida tiene sentido cuando lo interesante para el proceso es el informe pericial y el propio resumen que haga el experto, y no tanto la información confidencial (que solo es necesario conocer para poder hacer un buen resumen y no tanto porque sea valiosa en sí para sostener la pretensión). Y, de otro lado, tampoco parece compatible con el mínimo infranqueable que impone la LSE a la hora de elaborar círculos de confidencialidad, a través del que se busca asegurar que la parte en sí (*rectius*, una persona física de la parte) conoce directamente el secreto empresarial de la contraria⁴⁵. Ahora bien, si en un caso concreto resulta procedente desde un punto de vista técnico acudir a este tipo de resúmenes, tampoco se puede descartar que el tribunal lo acuerde como medida complementaria de la prevista en el artículo 15.2 a) LSE —pero no como medida única y, por tanto, sustitutiva de aquella.

b) ¿Es la exigencia de una caución una medida viable?

Las diversas remisiones de la LSE a la Ley de Patentes y a la LEC —tanto a sus reglas generales como a las específicas de acceso a fuentes de prueba en materia *antitrust*— hacen igualmente oportuno analizar la idoneidad de

⁴⁵ También advierte este obstáculo Ormazabal Sánchez, p. 238.

la caución como medida adecuada en sí misma para garantizar la confidencialidad del secreto empresarial que deba ser revelado en el marco de un proceso judicial.

En concreto, el artículo 123.4 LP permite condicionar la práctica de las diligencias de comprobación de hechos a que el peticionario preste una caución “para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse”. Y entre esos daños pueden estar los derivados de un aprovechamiento indebido de la información obtenida: en este sentido, conviene recordar que el artículo 124.4 LP contempla cómo uno de los riesgos asociados a las diligencias de comprobación de hechos —y que el juez debe evitar— es que sirva como medio para violar secretos industriales.

En términos similares se pronuncia el artículo 283 bis c) LEC para las medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la reclamación de daños derivados de la infracción de las normas de competencia: su apartado 1 hace al solicitante responsable de los daños y perjuicios que se causen a resultas de una utilización indebida de aquellas —y, desde luego, aprovecharse de la información confidencial o difundirla fuera de lo permitido encaja, al menos intuitivamente, en la noción de “utilización indebida”. Esto explica que el apartado 2 permita al tribunal supeditar, a instancia de parte, la práctica de la medida de acceso a la prestación de una caución suficiente no solo para cubrir los gastos, sino también los daños y perjuicios que se le pudieran irrogar.

En el asunto resuelto por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 14 de junio de 2019⁴⁶, la empresa de la que se requería la exhibición de información confidencial había solicitado la imposición de una caución doble, que, además de cubrir los gastos de ejecución de la medida, tuviera carácter disuasorio para el cumplimiento de las reglas de confidencialidad (aptdo. 45). El razonamiento del juzgador al abordar esta cuestión, sin embargo, no ahonda en esta consideración, sino que se centra en la exigencia de que el importe de la caución no impida al solicitante de las medidas de acceso a fuente de prueba el ejercicio de las facultades que la ley le concede y, por eso, fija el importe de la caución en 2000 euros (aptdo. 48).

También resulta de interés el Auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4ª) de 19 de octubre de 2020⁴⁷. La Audiencia, inspirándose en el Auto del Juzgado de Valencia citado en el párrafo anterior, reconoce la doble finalidad que persigue la caución, pero sostiene igualmente que es unitaria, esto es, que “no puede ser redundada por la adopción de otra caución para preservar las reglas de confidencialidad que puedan imponerse, sin perjuicio de la responsabilidad autónoma que en caso de infracción de esas reglas pudiera derivarse con aplicación del art. 283 bis C LEC”.

⁴⁶ Cfr. nota 35.

⁴⁷ ECLI:ES:APBI:2020:2028A.

También el artículo 298.2 LEC permite al tribunal supeditar la práctica de las medidas de aseguramiento de prueba a la prestación de una caución con la que responder de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse.

En abstracto, nada habría que objetar a la caución, que es también una especie de “antibiótico de amplio espectro” o de “comodín” al que acude el legislador procesal para contrarrestar el potencial impacto negativo de las decisiones judiciales que entrañan riesgo, cuando ese riesgo lo genera la concesión de una posición de ventaja en favor de una parte, a costa de la contraria o de un tercero, porque se considera necesaria para la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva de aquella.

En general, a la exigencia de caución le suele subyacer una previa atribución legal de responsabilidad —o un “recordatorio”— y un cauce procedimental específico —normalmente rápido y sumario— para hacerla efectiva, que se refuerza precisamente con la vinculación de una cantidad de dinero a la satisfacción de aquella: el coste de la propia caución y el temor a perderla se consideran de ordinario elementos disuasorios de envergadura suficiente para evitar que el sujeto concernido incurra en conductas abusivas o dañosas.

Ya se ha señalado que el aprovechamiento indebido de la información confidencial conseguida a través de cualquiera de los cauces que legalmente lo permitan es un hecho dañoso que genera responsabilidad y cuya rápida exacción podría asegurarse con una caución. El problema que se suscita, sin embargo, es de índole temporal y, más en concreto, con la duración en sí de la caución. En efecto, las normas procesales que prevén la exigencia de cauciones están considerando, ante todo, daños provocados por la práctica de las actuaciones procesales sujetas a caución (diligencias preliminares, diligencias de comprobación de hechos, acceso a documentos y a otras fuentes de prueba, aseguramiento probatorio) y que, al menos según la contemplación del legislador, se manifiestan durante la práctica de esas actuaciones y que, en consecuencia, tienen un periodo breve de producción y/o de manifestación.

El riesgo de aprovechamiento indebido del secreto empresarial que se quiere minimizar se puede materializar, sin duda, durante la tramitación del proceso: cabe imaginar, v.g., una difusión indebida de esa información, sin atenerse a las exigencias de reserva impuestas por el tribunal. En tal caso, será posible activar mecanismos procesales dentro del propio proceso para activar la responsabilidad del infractor y para aplicar la caución a su satisfacción.

Pero terminado el proceso no desaparece el peligro, especialmente cuando lo que se teme es una neutralización del valor del secreto empresarial, que puede producirse o manifestarse en momentos muy posteriores. ¿Cabe mantener una caución cuando ya ha concluido el proceso en cuyo seno se impuso? Es evidente que las cauciones tienen una naturaleza instrumental, esto es, que no son fines en sí mismas. En abstracto, el legislador podría contemplar la posibilidad de prolongar su vigencia durante un periodo de tiempo que sea posterior a la terminación del proceso, si se considera que es necesario para asegurar la efectividad de la tutela judicial eventualmente concedida. Esto es lo que hace, precisamente, el artículo 25.2 i.f. LSE en relación con la caución que ha de prestarse para obtener medidas cautelares⁴⁸. ¿Sería posible que el propio tribunal, sin previsión legal expresa, impusiera a los fines que ahora nos importan una caución que se prolongara más allá de la terminación del proceso? Parece claro que las cauciones de duración *indefinida* son contrarias a las mínimas exigencias de proporcionalidad y de seguridad jurídica. Pero, al mismo tiempo, si se considera que la exigencia de una caución es una medida idónea para garantizar la confidencialidad — máxime si hay acuerdo de las partes—, es ineludible asumir que debe poder mantenerse una vez terminado el proceso y mientras subsista el riesgo de quebrantamiento del deber de confidencialidad. En tal caso, por supuesto, debería sujetarse a plazo, ya se trate de un plazo absoluto o, en su caso, de un plazo inicial, prorrogable de forma periódica (v.g., tras un incidente contradictorio).

Debe recordarse, en este sentido, que el legislador europeo tiene bien claro que los legisladores nacionales deben prever medidas de protección del secreto empresarial que sean eficaces una vez terminado el proceso. Así lo recuerda el considerando 24 de la Directiva 2016/943: “Dicha protección debe mantenerse en vigor después de que haya concluido el proceso judicial y en tanto que la información constitutiva del secreto comercial no haya pasado a ser de dominio público.”

c) ¿Y la vía contractual?

Ya se ha apuntado antes que la prohibición de divulgar la información confidencial a la que se tenga acceso se puede tratar de reforzar exigiendo la firma de un compromiso de confidencialidad, aunque tenga un valor más simbólico que real. El enfoque cambiaría, por supuesto, si el compromiso

⁴⁸ En cambio, son solo dos meses, con arreglo al artículo 131.3 LP (el LAJ deberá cancelar las cauciones transcurridos dos meses desde el levantamiento de las medidas cautelares).

incluyera una cláusula penal que estableciera el importe que habría de abonarse en caso de infracción: la eficacia práctica sería, sin duda, diferente, pues nos estaríamos moviendo ya en el terreno de la responsabilidad contractual y de las cláusulas penales⁴⁹. Me parece claro, sin embargo, que el tribunal no puede imponer una cláusula de confidencialidad de esta índole a ningún sujeto que acceda en el marco del proceso a información constitutiva de secreto empresarial —y lo estaría haciendo si supeditara la solicitud de revelación a la aceptación por el litigante de un compromiso con este tipo de alcance.

Lo que sí ha de resultar posible, con arreglo al principio dispositivo, es que sean las partes del proceso quienes ofrezcan al tribunal la firma de acuerdos de confidencialidad, que incluyan cláusulas penales, como medidas complementarias de protección de los secretos empresariales que puedan aflorar. En rigor, este tipo de acuerdos no necesitan ningún tipo de aprobación por parte del tribunal para ser eficaces. No obstante, que el tribunal los conozca y los pueda tener en cuenta puede contribuir a que este opte por acordar la revelación de información confidencial o por ampliar el círculo de confidencialidad más allá de los límites mínimos impuestos por la ley. Pienso, además, que este tipo de refuerzos contractuales pueden tener un valor práctico singular en situaciones transfronterizas, en las que las vías ordinarias para lograr la coercibilidad de las medidas de protección se pueden ver reducidas u obstaculizadas en la práctica: para reforzar su solicitud de acceso a información confidencial el propio litigante interesado podría ofrecerse a asumir un compromiso de este tipo e, incluso, a asegurar su cumplimiento mediante la prestación de una caución.

El principio dispositivo serviría igualmente para justificar que, si las partes así lo acordaran, el acceso al secreto se produjera inicialmente a través de expertos designados por ambas partes (*clean-team*), que identificaran aquellos extremos que merecen medidas de protección más intensas⁵⁰.

3. MEDIDAS DESTINADAS A PROTEGER EL SECRETO EMPRESARIAL FRENTE A TERCEROS

La posible revelación de una información confidencial susceptible de calificarse como secreto empresarial puede aprovecharse no solo por la contraparte, sino también por terceros ajenos a la controversia, que se beneficiarían de la publicidad del proceso para acceder a aquella.

⁴⁹ Cfr. también Lissén Arbeloa (2020), *sub* 4.2.

⁵⁰ Así lo ha sugerido Ormazabal Sánchez, p. 238.

La medida básica de protección del secreto, consistente en la prohibición de divulgación (art. 15.1 LSE), persigue claramente conjurar este peligro. Pero, en el fondo, también lo hacen las medidas definidas en el artículo 15.2 LSE: tanto la restricción en el acceso a documentos y soportes de información como en el acceso a las vistas se imponen, antes que nadie, a los terceros; lo mismo ocurre con el acceso a las grabaciones y a las transcripciones. Y es que, como complemento de estas restricciones, se puede pensar en imponer también el carácter reservado a las actuaciones, de modo que aquellas no tengan un carácter meramente temporal y permanezcan, cuando menos, en tanto el secreto empresarial siga siéndolo.

Esta opción por atribuir carácter reservado a las actuaciones la prevén las normas especiales introducidas en la LEC para trasponer la Directiva 2004/48 sobre reforzamiento de la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Así, el artículo 259.4 LEC complementa la prohibición de divulgar o comunicar a terceros la información obtenida mediante diligencias preliminares con la atribución de carácter reservado a las actuaciones, a instancia de cualquier interesado, cuando los datos y/o la información tengan carácter confidencial. De forma análoga, el artículo 328.3 LEC permite al tribunal, a instancia de cualquier interesado, otorgar carácter reservado a las actuaciones de exhibición documental que afecten a datos e información de naturaleza confidencial.

Nada impide, desde luego, extenderlas también al ámbito de los secretos empresariales, dada la evidente identidad de razón. Las medidas que aspiran a excluir a terceros del conocimiento de ciertas actuaciones procesales suponen un límite al principio de publicidad, no del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte contraria. La imposición de límites a la publicidad ni es ni debería ser la regla, por supuesto, pero se puede justificar en la existencia de intereses legítimos, como lo son todos aquellos que legitiman la protección de la información confidencial y, en particular, de los secretos empresariales. Según se vio antes, estas medidas podrían verse como concreciones de la regla general del artículo 138.2 LEC —para las actuaciones orales— o del artículo 140.3 LEC —para el acceso al expediente— o como una regla especial, compatible en su fundamento y alcance con aquella y, por tanto, de encaje sencillo en nuestro modelo de justicia civil.

V. CUESTIONES PROCEDIMENTALES EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DEL SECRETO EMPRESARIAL

Desde el punto de vista de la mecánica procedimental, la adopción de las medidas de protección del secreto estará condicionada por el momento y el contexto procesal en que se plantee su necesidad, que coincidirá de ordinario con aquel en que se decida sobre la revelación del secreto empresarial. Cabe contar, por ello, con que las medidas de protección se acordarán en la misma resolución en que se ordene la aportación del documento o del soporte que contenga la información confidencial, al menos en los casos en que esa revelación ha sido solicitada de la contraparte o de un tercero. Así, se resolverá sobre esta cuestión al acordar diligencias preliminares, diligencias de comprobación de hechos, medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños *antitrust*, diligencias de prueba anticipada o diligencias de exhibición documental.

Aunque la regulación de estos instrumentos resulte parca, es evidente que este tipo de medidas solo pueden acordarse tras dar audiencia a las partes implicadas, sea de forma oral o escrita —en función del contexto procedimental. Esto incluye, a mi juicio, al titular del secreto empresarial que no sea —ni deba ser— parte en el proceso, que debería ser llamado al menos para pronunciarse sobre este extremo⁵¹. Y es que lo normal es que el debate sobre las medidas de garantía discurra en paralelo al debate sobre la necesidad o no de desvelar el secreto empresarial. Es más, ya se ha visto que, en una suerte de juego de vasos comunicantes, la viabilidad y la “credibilidad” de las medidas de protección debe tenerse en cuenta por el tribunal a la hora de decidir si acuerda imponer la revelación del secreto empresarial.

Toda decisión en la que se resuelva sobre una solicitud de medidas de protección habrá de estar motivada y será susceptible de recurso. Es razonable, además, que la sustanciación del recurso no sirva para exponer al secreto empresarial al riesgo de ser revelado sin medidas de protección.

La adopción de medidas de protección presupone, en todo caso, que el tribunal atribuye el carácter de secreto empresarial a la información contenida en el soporte de cuya exhibición o acceso se trate. Esta atribución, en la mayoría de los casos, tendrá carácter provisional y sumario, según

⁵¹ También *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 5; Ormazabal Sánchez, p. 223; Peiteado Mariscal, p. 316.

se vio antes⁵²: de un lado, esta atribución es la que legitima la aplicación de las reglas sobre tratamiento confidencial y, en consecuencia, fuerza la necesidad de decidir con arreglo a criterios de proporcionalidad acerca de la procedencia de revelación del secreto; y, por supuesto, esa atribución es la que a su vez justifica la necesidad de adoptar medidas de protección, con las cargas y gravámenes que comportan para sus destinatarios.

Es posible, en consecuencia, que el debate procesal se proyecte no solo sobre la necesidad de revelar o no el secreto y sobre las medidas de protección procedentes, sino, con carácter previo, sobre la naturaleza confidencial o no de la información en cuestión. La regla, en estos casos, salvo abuso o fraude manifiesto, es la de que el tribunal debe presumir el carácter potencialmente confidencial de la información cuando así lo alegue su titular y, por tanto, la trate como tal de manera cautelar, en tanto no se resuelva el incidente y se acuerde lo procedente⁵³. Esto, a su vez, debería comportar, como regla de partida, la prohibición de acordar la revelación mientras se tramita el incidente.

El esquema procedimental puede ser diverso cuando el titular del secreto sea quien se vea en la tesitura de revelarlo para tutelar adecuadamente su posición jurídica. En tal caso, será el propio sujeto quien solicite al tribunal la necesidad de dispensar el tratamiento de confidencialidad a la información y/o a los soportes correspondientes. El problema, claro está, es que en estos casos la adopción de medidas de protección se pide de forma directa y a título principal, pues el tribunal no ha de decidir si impone un deber de revelación al titular del secreto —al contrario, es el titular quien asume la carga de revelarlo. El peligro, por supuesto, es el de que el litigante deba aportar la información o el soporte que la contenga antes de que el tribunal haya acordado las medidas de protección oportunas, ante el riesgo de que le precluya su aportación posterior. Para evitarlo, el *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles* propone la solicitud y adopción de medidas provisionales de protección mientras el tribunal resuelva sobre el carácter secreto de la información y sobre las medidas de protección que deban adoptarse: esas medidas provisionales podrían consistir en la custodia física del documento en la sede del juzgado,

⁵² También Irigoyen Fujiwara, Comentario al artículo 15; Moreno García, p. 122.

⁵³ También Irigoyen Fujiwara, Comentario al artículo 15.

en la ausencia de traslado de copias o en la adopción de medidas técnicas en relación con el expediente judicial electrónico⁵⁴.

A mi juicio también puede resultar adecuada —y tal vez más sencilla— una aplicación analógica de las normas sobre “designación de archivos”, de modo que el litigante anuncie en el momento o en el trámite procesal oportuno su necesidad de alegar o de aportar la información confidencial y su solicitud de que, antes de hacerlo, el tribunal acuerde las medidas de protección adecuadas. Se desencadenaría entonces un incidente contradictorio, con efectos suspensivos sobre el curso del proceso, al término del cual el tribunal habría de decidir si, en efecto, la información en cuestión es secreto empresarial, al menos en apariencia y, en consecuencia, habría de pronunciarse sobre las medidas de protección solicitadas⁵⁵. En caso de respuesta afirmativa, podrá ya el litigante interesado aportar la información o el soporte, de modo que el proceso siga su curso una vez se hayan acordado las medidas de protección pertinentes —pero no se vería bajo la carga de revelar el secreto en tanto no tuviese claro si el tribunal le va a dar el tratamiento de confidencialidad que a su juicio merece—⁵⁶. En caso contrario no podrá el tribunal ordenar dicha aportación, pero la reanudación del proceso arrojará sobre el litigante afectado la carga de hacerlo —asumiendo las consecuencias de la revelación de una información que, sin ser tal vez secreto empresarial, le resulta valioso que siga siendo confidencial— o de soportar las consecuencias preclusivas de no hacerlo.

VI. LA COERCIBILIDAD DE LAS MEDIDAS

Las medidas de preservación de la confidencialidad que acuerde el juez serán aquellas que, en cada caso, se consideren necesarias y proporcionales a las circunstancias concurrentes. Sean cuales sean, tan importante como su contenido es su coercibilidad: de ello depende, como se apuntó antes, la credibilidad del sistema y la legitimidad del sacrificio que se impone al titular del secreto empresarial.

⁵⁴ *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, p. 7; en sentido similar también Ormazabal Sánchez, p. 226.

⁵⁵ También Peiteado Mariscal propone el diseño por el legislador de un procedimiento que se abra a modo de pieza separada cuando una parte quiera que la información que aporta al proceso se trate como confidencial (p. 324).

⁵⁶ En este sentido también Massaguer Fuentes (2020) pp. 327-328.

La LSE no dice nada al respecto, esto es, parece confiar en que su simple imposición determinará su cumplimiento. Por el contrario, el artículo 283 bis k) LEC sí que asume la posibilidad de que no lleguen a respetarse las medidas adoptadas para preservar la confidencialidad de la información que se revele con ocasión de la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba en litigios por infracción de las normas sobre defensa de la competencia y prevé varias consecuencias, así como un mínimo desarrollo procedimental⁵⁷.

En cuanto a las consecuencias, además de una invocación general a una hipotética responsabilidad penal por delito de desobediencia a la autoridad judicial, se prevén las siguientes:

- La desestimación total o parcial de la acción o excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal, si éste se encontrase pendiente en el momento de formularse la solicitud. A estos efectos, la parte perjudicada fijará con precisión las acciones o excepciones que deban desestimarse.
- Que se condene al infractor en las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y en las costas del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de éste.
- Que se declare al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y se le condene a su pago. La cuantía de los daños podrá determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes LEC.

Las consecuencias anteriores solo podrán aplicarse a instancia de la parte perjudicada, tras la sustanciación de un incidente contradictorio escrito que se resolverá por medio de auto, recurrible en apelación. Como alternativa, si el tribunal aprecia que el incumplimiento no es grave podrá, en vez de acceder a lo solicitado por la parte perjudicada, imponer al infractor una multa que oscilará entre 6.000 y 1.000.000 de euros. A estos efectos, se podrá considerar infractor tanto a la parte como a sus representantes y defensores legales, pudiéndose imponer multas separadas a cada uno de ellos.

Es obvio que el régimen legal especial de la LEC es aplicable al incumplimiento de las medidas de protección de la confidencialidad que afecten a un secreto empresarial que se haya revelado en el marco de un incidente de acceso a fuentes de prueba en el marco de una reclamación de daños

⁵⁷ Peiteado Mariscal critica, con razón, que la LSE no haya aprovechado los elementos ofrecidos en relación con este extremo por la LEC (p. 316).

concurrenciales. Su extensión fuera de este ámbito debería ser igualmente procedente, pero se enfrenta al menos a dos problemas, de carácter absolutamente dispar:

- De un lado, se aprecia cómo el régimen de la LEC está estableciendo sanciones endoprocesales, que cobran sentido cuando el quebrantamiento se detecta en el curso del proceso: es lo que sucede, en todo caso, con la desestimación de las pretensiones del infractor y con la imposición de las costas. La declaración de responsabilidad y la condena al pago de daños y perjuicios es imaginable igualmente una vez terminado el proceso, pero su hipotética aplicación entonces se enfrentaría al problema de la desaparición sobrevinida de la competencia funcional del tribunal.
- Por otro lado, ha de tenerse en cuenta el principio general de legalidad en materia sancionadora, que se traduce en la exigencia de que las consecuencias de naturaleza sancionadora que puedan imponerse —como la desestimación de pretensiones, la condena en costas al margen de las reglas ordinarias o la imposición de una multa sustitutiva— estén previamente previstas en un texto legal.

Más allá de la conveniencia de proponer un régimen normativo *ad hoc* mucho más completo, es preciso analizar cuál es el margen de que se dispone en la actualidad para forzar el cumplimiento de las medidas de protección del secreto empresarial. Como se ha señalado en varias ocasiones, esta es la auténtica piedra de toque del sistema y el genuino contrapeso capaz de justificar el sacrificio que se impone al titular del secreto en aras del derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte —o, incluso, de la suya propia.

Las medidas consistentes en la atribución de carácter reservado a las actuaciones y/o a elementos del expediente judicial que contengan información confidencial requieren para su plena efectividad de un sistema informático o material de bloqueo que sea operativo y que excluya accesos ilícitos (a modo de *hackeos* y similares). Mientras estos sistemas no estén implantados, lo más razonable sería acordar mecanismos más tradicionales o analógicos, como la exclusión de esos elementos del expediente judicial electrónico y su custodia en unidades externas —o incluso físicas— bajo la llave del LAJ.

La mayoría de las medidas, sin embargo, consisten en prohibiciones —de divulgación y de aprovechamiento— que se imponen a los sujetos que hayan tomado conocimiento de la información confidencial. Esas prohibiciones encierran prestaciones de no hacer, que tienen por definición un

carácter no personalísimo y frente a las que solo parece posible reaccionar una vez que la infracción se ha cometido o, a lo sumo, cuando existen indicios de una infracción inminente. Teniendo esto en cuenta, se pueden establecer varios ángulos desde los que asegurar/forzar el cumplimiento y, en su caso, sancionar el incumplimiento.

1. LA VÍA PENAL

El artículo 283 bis k) 1 LEC sugiere, antes que nada, que el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones impuestos en garantía de la confidencialidad pueda ser perseguido en tanto que constitutivo de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. La calificación, sin embargo, puede ser más compleja y depende de la persona a la que se pueda atribuir el quebrantamiento de la prohibición de divulgar o de permitir el acceso a la información confidencial que estuviera declarada reservada.

En el caso de autoridades o funcionarios públicos cabe pensar en la aplicación el tipo específico de desobediencia del artículo 410.1 CP⁵⁸, que, además, parece requerir un dolo específico de especial intensidad⁵⁹.

Tratándose, más en particular, de la autoridad judicial, del LAJ y del personal de la oficina judicial —a los que se refiere expresamente el artículo 15.1 LSE—, podría plantearse la aplicación del tipo previsto en el artículo 415 CP, que castiga con multa e inhabilitación especial a la autoridad o funcionario público que “a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo”. En todo caso, y como tipo básico, podría aplicarse igualmente el del artículo 417.1 CP, que castiga a la autoridad o funcionario público “que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados” y que el propio CP conecta con la infracción a que se refiere el artículo 466, a la que se hará referencia de inmediato.

En efecto, cuando la infracción sea atribuible al abogado o al procurador de alguna de las partes, la referencia normativa se halla en el artículo 466 CP, cuyo apartado 1 los castiga con multa e inhabilitación por “revelar ac-

⁵⁸ Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

⁵⁹ Para una síntesis de la jurisprudencia penal, cfr. Irigoyen Fujiwara, nota 15.

tuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial”. El apartado 2 también castiga por este tipo de revelación de actuaciones procesales declaradas secretas a jueces, fiscales, LAJs y funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Queda por esbozar, finalmente, el marco penal de referencia para los particulares que incumplan las prohibiciones asociadas a las medidas de protección de la confidencialidad. Si un particular ha infringido un mandato de confidencialidad podría aplicarse, en primer término, el tipo genérico de desobediencia del artículo 556.1 CP. De manera más específica, el apartado 3 del artículo 466 CP también sanciona por revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial a “cualquier otro particular que intervenga en el proceso”. Concurriría esta conducta con las previstas de modo más genérico para tutelar penalmente los secretos empresariales y que contienen los artículos 279 y 280 CP⁶⁰: el primero tipifica la “difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva” —y las castiga con prisión y multa, que se agravan si el secreto se utiliza en provecho propio—; el segundo, por su parte, castiga a quien cometiera alguna de las conductas anteriores sin haber participado en el descubrimiento, pero con conocimiento de su origen ilícito. En este último caso, el concurso podría apreciarse, igualmente, con la conducta a que se refiere el artículo 418 CP, que sanciona al “particular que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad”.

En cualquier caso, no se pretende ahora ofrecer un análisis riguroso desde la óptica jurídico-penal, sino tan solo dejar claro que las conductas que comporten infracción a los deberes establecidos pueden tener repercusiones penales. En el marco de las actuaciones que se desarrollen ante un Juzgado de lo Mercantil debería bastar con remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal para que se promueva la persecución penal en los términos que resulten procedentes —nótese, en todo caso, que los delitos de los artículos 279 y 280 CP solo son perseguibles previa denuncia del ofendido y que el contenido de la acción civil que de ellos derive se concreta a través del elenco de medidas del artículo 9.1 LSE⁶¹.

La amenaza de persecución penal, sin duda, es un ingrediente importante y, hasta cierto punto, imprescindible, pues refleja la relevancia que el siste-

⁶⁰ Cfr. Zárate Conde/Mañas de Orduña, *passim*.

⁶¹ Así lo sostiene Antón y Abajo, *sub III*.

ma otorga a la protección de la confidencialidad. No obstante, posiblemente sea insuficiente: de un lado, porque los delitos mencionados no siempre son imputables a las personas jurídicas, a pesar de que puedan ser estas las principales beneficiarias de las infracciones —sí lo son, por mor del artículo 288 CP, aquellos que tutelan de manera específica el secreto empresarial—; de otro lado, porque necesitan complementarse con consecuencias civiles que refuercen la coercibilidad de manera más tangible.

2. CONSECUENCIAS CIVILES

En el terreno de lo civil, y en ausencia de normas especiales que cumplan una función equiparable a la del artículo 283 bis k) LEC, son varias las posibles vías de reacción que pueden explorarse frente a un hipotético incumplimiento de las prohibiciones impuestas a un sujeto por el hecho de haber tenido acceso a un secreto empresarial de forma confidencial.

2.1. Responsabilidad civil por incumplimiento

En caso de que se haya producido un incumplimiento efectivo, es evidente que nos hallaremos ante un hecho generador de responsabilidad civil extracontractual, que obligará al infractor a indemnizar los daños que de su conducta se hayan derivado. Esta vía de remedio obliga a analizar, no obstante, ciertas variables.

La primera es el título de imputación de la responsabilidad. De un lado, es posible imputar responsabilidad al infractor porque es consciente de que su conducta es antijurídica —se la había prohibido el tribunal— y, por tanto, ha de hacerse responsable de sus consecuencias⁶². Al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que la infracción puede haberse plasmado tanto en la divulgación del secreto a un tercero como en el aprovechamiento (injusto) del conocimiento que se tiene del secreto (v.g, para minimizar su impacto en términos concurrenciales y/o de mercado): nos hallamos, en definitiva, ante una vulneración del secreto empresarial, en los términos en que la define el artículo 3 LSE. De forma paradójica, un proceso para la tutela del secreto empresarial o un incidente de confidencialidad para proteger un secreto

⁶² En un supuesto similar, señala Massaguer Fuentes (2020), p. 240, que se rigen por las normas generales sobre responsabilidad patrimonial los daños y perjuicios que resulten de un uso indebido de la información obtenida tras unas diligencias de comprobación de hechos, entre los que menciona expresamente la revelación o utilización indebida de secretos empresariales.

empresarial en el marco de un proceso distinto acaba dando origen a una vulneración del propio secreto empresarial —quizá, incluso, a una segunda vulneración de aquel.

La segunda variable, asociada a la anterior, tiene que ver precisamente con la forma de exigir dicha responsabilidad. Ya se ha visto que, tratándose de quebrantamientos a las reglas de confidencialidad en el marco de medidas de acceso a pruebas en procesos *antitrust*, la LEC atribuye al tribunal la potestad de declarar al infractor responsable de los daños y de condenarlo a su pago, de una manera que podría decirse que es casi automática, similar a la prevista de forma habitual por nuestro sistema cuando se produce el alzamiento de una medida cautelar sin que el proceso sobre el fondo haya concluido mediante sentencia estimatoria de la demanda (arts. 730.2 II, 742 y 745 LEC). Esta opción, sin duda, es muy ventajosa para el perjudicado y muy disuasoria para el potencial infractor. Su simplicidad en lo sustantivo —esto es, el automatismo con que se puede aplicar— deriva del título de imputación en que se sostiene: v.g., la falta de interposición de la demanda en plazo o la terminación del proceso con sentencia absolutoria. En este tipo de situaciones, declarar la responsabilidad y formular una condena genérica al pago de los daños es algo que el ordenamiento se puede permitir: la controversia estará, en su caso, en la cuantificación de los daños.

Trasladar este esquema de responsabilidad objetiva al ámbito de la infracción de los mandatos asociados a la protección de la confidencialidad me parece algo más complicado, incluido el supuesto del artículo 283 bis k) LEC que, posiblemente, sea un precepto de muy difícil aplicación práctica, pues la identidad de razón con el esquema clásico de la responsabilidad por medidas cautelares no concurre justamente en relación con el extremo para el que resulta más necesaria: la efectiva infracción del deber de confidencialidad no es un dato objetivo, deducible de un factor externo —como lo es la falta de interposición de la demanda en plazo o la desestimación de la pretensión del actor a la que se refería la medida cautelar—, sino que será, sin duda, una cuestión controvertida y de prueba compleja, especialmente en lo que atañe a la atribución de la vulneración a una persona concreta. Es posible que la “filtración” del secreto sea patente, pero dada la amplitud del círculo de confidencialidad, será difícil que el tribunal esté en condiciones de imponer sin más semejante consecuencia y de deferir para un incidente de liquidación la determinación del importe debido.

A lo anterior se añade un problema adicional, apuntado antes, como es el relativo a la competencia del tribunal para emitir, en su caso, semejante pronunciamiento. Durante la pendencia del proceso puede entenderse que

forma parte de su esfera de competencia funcional, como potestad instrumental para lograr el cumplimiento de los mandatos que el propio tribunal ha impuesto. Ahora bien, transcurridos ya varios meses o años desde la terminación del proceso, ¿podría declararse competente para emitir dicho pronunciamiento —dando por sentado que, materialmente, se sintiera en condiciones de hacerlo—? La respuesta afirmativa podría sostenerse más fácilmente si existiera una previsión legal expresa. Y sería aún más sostenible si, como se apuntó antes, se hubiera exigido la prestación de una caución y se hubiera previsto su mantenimiento durante un periodo determinado de tiempo tras la terminación del proceso —pero para esto, nuevamente, sería conveniente la existencia de norma expresa.

En relación con este extremo es indiferente el enfoque desde el que se analice la responsabilidad del infractor. Tanto si se aborda como el incumplimiento de un mandato judicial, como si se califica de infracción de un secreto empresarial *ex* artículo 3 LSE, los problemas son los mismos: es necesaria la tramitación de un proceso judicial para declarar la existencia de la infracción, condenar al infractor y cuantificar los daños que deban resarcirse. La fórmula del artículo 283 bis k) LEC es, sin duda, bienintencionada; pero aspira a desplegar una fuerza de disuasión que, sin embargo, dista bastante de poseer a nada que se imagine su aplicación práctica —que solo será posible de forma sencilla en caso de infracciones flagrantes cometidas durante la pendencia del proceso.

2.2. ¿Herramientas para evitar un incumplimiento inminente?

Es posible que no se haya producido aún el incumplimiento, pero que el titular del secreto empresarial aprecie la existencia de indicios que apuntan a una infracción inminente. En tal caso, sería conveniente atribuir a algún tribunal —en función del momento— la potestad de intimar a los potenciales infractores para que cesen en las conductas preparatorias. La LEC, sin embargo, no sirve de fuente de analogía, pues su regulación de la ejecución no dineraria, tratándose de condenas de no hacer, solo contempla los quebrantamientos ya cometidos, pero no los casos de quebrantamiento inminente (cfr. art. 710 LEC).

Cabría pensar, a lo sumo, en forzar la interpretación del artículo 699 LEC, de modo que se requiera al potencial infractor para que cumpla en sus propios términos la prohibición de divulgar o de utilizar la información confidencial, apercibiéndole con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias. Pero no dejará de ser una opción compleja, pues nuevamente

se enfrenta al problema de la difícil constatación de la infracción y de su atribución al supuesto responsable, que puede convertir en ilusoria una hipotética exacción de las multas coercitivas.

2.3. Imposición de sanciones por incumplimiento de la buena fe procesal

De forma análoga a lo que dispone a título subsidiario el artículo 283 bis k) LEC, podría pensarse en la posibilidad de que el tribunal impusiera sanciones pecuniarias al infractor, al amparo de su potestad general de reaccionar frente al incumplimiento de las reglas sobre buena fe procesal. En este sentido, debe recordarse que el artículo 16 LSE enfatiza la relevancia de las reglas de la buena fe procesal en los litigios para la tutela del secreto empresarial —lo exigía, de hecho, la Directiva— y remite al régimen general del artículo 247 LEC, al que añade una serie de especialidades.

Al menos durante la pendencia del proceso, el tribunal puede considerar contrarias a las exigencias de la buena fe las conductas de alguna de las partes, o de sus abogados o procuradores, que comprometan el buen fin de las medidas de protección de la confidencialidad y, en consecuencia, puede castigarlas con las multas previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 247 LEC.

Resulta más difícil, sin embargo, que esta potestad sancionadora pueda ejercitarse una vez terminado el proceso, pues parece condicionada a la pendencia de aquel, como herramienta para el mantenimiento de unas reglas mínimas de *fair play* procesal.

2.4. La inutilizabilidad como prueba de la información o de los elementos obtenidos en infracción de las reglas sobre confidencialidad

Como opción adicional para reforzar la coercibilidad de las medidas de protección de los secretos empresariales puede pensarse en la inutilizabilidad como prueba de los soportes obtenidos en infracción de las reglas sobre confidencialidad o de cualesquiera otras fuentes de prueba en que se haya plasmado la información confidencial que no estaba permitido utilizar fuera del proceso en que se obtuvo. Se trata, sin duda, de una sanción de alcance limitado, pues solo tiene sentido en caso de que el beneficiario de la infracción pretendiera, además, beneficiarse de ella procesalmente.

Esta prohibición de utilización probatoria puede considerarse amparada en una interpretación extensiva de la regla general del artículo 283.3 LEC, en virtud del cual “[n]unca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”; y ello en la medida en que es la ley (en concreto, el artículo 15 LSE) la que prohíbe utilizar la información confidencial para fines distintos de aquellos para los que lo autorizó el tribunal en el marco de un concreto proceso.

Esta es, de hecho, la vía elegida por el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, admitido a trámite por el Congreso el 22 de marzo de 2024, para reforzar la confidencialidad de los medios adecuados de solución de controversias. Según el artículo 9 del Proyecto, y salvo determinadas excepciones, el proceso de negociación y la información utilizada en él son confidenciales; por eso, si la negociación fracasa y alguna de las partes pretendiese aportar al proceso subsiguiente como prueba la información confidencial, el tribunal habría de inadmitirla por aplicación del artículo 283.3 LEC. El Proyecto propone modificar en términos similares el artículo 9 de la Ley de Mediación, para preservar la documentación y la información que se haya manejado por las partes y el mediador durante el desarrollo de una mediación.

VII. ¿EL TALÓN DE AQUILES DEL SISTEMA? (A MODO DE CONCLUSIÓN)

Lo analizado hasta hora pone de manifiesto que el sistema previsto para la protección del secreto empresarial no falla en el plano de las medidas en sí mismas: existe una razonable flexibilidad a la hora de diseñar su contenido y el procedimiento para acordarlas no genera dificultades o aporías insalvables. Sería de agradecer, sin duda, un tratamiento normativo más sistemático y coherente en relación con la protección de la información confidencial que deba aflorar en el marco de un proceso judicial. La dispersión actual no ayuda a los operadores jurídicos a desenvolverse en un contexto en el que las dudas son frecuentes. Es inevitable, en cambio, el margen de incertidumbre en relación con extremos que están sujetos a un juicio de proporcionalidad, como la decisión acerca de si ha de revelarse o no una información o un documento considerados confidenciales por quien los posee, o el alcance de la protección que ha de darse a esa confidencialidad

cuando se decida que ha de ceder en favor del derecho a la prueba o a la tutela judicial efectiva.

El talón de Aquiles del sistema se encuentra, como puede deducirse del último epígrafe, en la coercibilidad *lato sensu* de las medidas, que condiciona su efectividad. Es imposible diseñar un sistema de protección a prueba de fallos. Pero la regulación vigente no asegura un cumplimiento eficaz de las medidas impuestas: más allá del terreno penal, las consecuencias no están reguladas con claridad, ni tampoco se ha articulado un mecanismo para lograr una aplicación rápida que refuerce su eficacia. Y es justamente la efectividad real de las medidas de protección la que legitima el sistema legal en este punto: solo es razonable exigir a una parte revelar una información confidencial (como el secreto empresarial) a petición de la contraria si se le asegura una reducción al mínimo posible de los perjuicios asociados a esa revelación; del mismo modo, solo tiene sentido revelar información confidencial a iniciativa propia, para impetrar su tutela o para defender mejor la posición jurídica propia, si esa revelación no supone *de facto* el sacrificio desproporcionado que supone la renuncia a la confidencialidad. Es precisa, por ello, una actuación legislativa más incisiva que defina las sanciones posibles en caso de incumplimiento de las medidas de protección acordadas y que otorgue a los tribunales potestades más claras para imponerlas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Antón y Abajo, A., “Responsabilidad civil derivada del delito de descubrimiento de secretos empresariales. Consideraciones sobre la indemnización de daños y perjuicios”, *Diario La Ley*, Nº 10477, 3 de abril de 2024.
- Campuzano Laguillo, A.B. / Palomar Olmeda, A. / Sanjuán y Muñoz, E. / Molina Hernández, C., *La protección de los secretos empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Cantos Pardo, M., *El proceso civil para la cesación de la infracción de patentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Gascón Inchausti, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley mercantil*, Nº. 38, julio-agosto 2017.
- Girona Domingo, R.M., “Aproximación a la nueva Ley de Secretos Empresariales”, *La Ley Mercantil*, Nº 62, octubre 2019.
- Irigoyen Fujiwara, D., “Artículo 15”, en Lissén Arbeloa, J.M. (coord.), *Comentarios a la ley de secretos empresariales*, La Ley, Madrid, 2020.

- Lissén Arbeloa, J.M., “Los programas de protección de secretos empresariales”, en Lissén Arbeloa, J.M. (coord.), *Comentarios a la ley de secretos empresariales*, La Ley, Madrid, 2020.
- Lissén Arbeloa, J.M. / Guillén Monge, P., “Características, alcance de la protección conferida e implicaciones para las empresas en la nueva Ley de Secretos Empresariales”, *Diario La Ley*, N° 9363, 21 de febrero de 2019 y N° 9372, 7 de marzo de 2019.
- Marcos, F., “Salas de datos” para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (I): ¿Un nuevo instrumento en los procesos de reclamación de daños causados por los cárteles?, *Almacén de Derecho*, 16 de febrero de 2020.
- Marqués Jarque, I. / Gómez García, E., “La tutela procesal del secreto empresarial: reflexiones con ocasión del Protocolo de protección del secreto empresarial en los Juzgados Mercantiles de Barcelona”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2020-1, pp. 63-84.
- Massaguer Fuentes, J., “De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 51, 2019, pp. 46-70.
- Massaguer Fuentes, J., *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2020.
- Moreno García, L., *Tutela judicial civil de los secretos empresariales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- Ormazabal Sánchez, G., “El tratamiento procesal de la información constitutiva de secreto empresarial. Especial referencia a las medidas de protección de la confidencialidad de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales”, *InDret*, 3/2021, pp. 217-246.
- Peiteado Mariscal, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías y la protección de información confidencial en el proceso civil. Modelos europeos y convergencia”, en Gascón Inchausti, F. / Peiteado Mariscal, P. (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 271-335.
- Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Cizur Menor, 2009.
- Zárate Conde, A. / Mañas de Orduña, Á., “Los delitos relativos al secreto de empresa a la luz de la ley de secretos empresariales”, *La Ley Penal*, N° 145, julio-agosto 2020.

NATURALEZA CIVIL DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS. CONSECUENCIAS*

Civil nature of the judicial appeal review against Spanish Patent and Trademark Office Decisions. Consequences

Gemma García-Rostán Calvín

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Murcia
calvin@um.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA. III. OBJETO DEL PROCESO. 1. Sujetos. 2. *Causa petendi*. 3. El *petitum*. IV. LA DEFENSA DEL DEMANDADO COMO FACTOR PERFILADOR DEL OBJETO DEL PROCESO. V. PLURALIDAD DE OBJETOS A INSTANCIA DEL ACTOR. VI. RECONVENCIÓN. VII. OBJETO DEL PROCESO Y CARGA DE LA PRUEBA. EN ESPECIAL, LA PRUEBA DEL USO DE LA MARCA ANTERIOR. VIII. CASACIÓN. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Mediante la Disposición Final primera de la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 447 bis, con la rúbrica “Especialidades para la tramitación de los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas”. Con esta reforma legal se traslada al ámbito de la jurisdicción civil un trámite procesal que hasta ese momento se encontraba en el campo de la jurisdicción contencioso-administrativa. El propósito de este trabajo es reflexionar sobre las consecuencias que ese cambio en el orden jurisdiccional tiene en el objeto del proceso y en otras cuestiones relacionadas.

* Aportación realizada en el marco de los proyectos de investigación PID 2021.125149NB-100, Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible, PID 2022.139585OB-100, El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención, ambos del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. El origen de este trabajo es una conferencia impartida en el curso “Los nuevos retos de los tribunales mercantiles en materia de propiedad industrial” (CU24031), actividad de Formación Continua de la Carrera Judicial para 2024 dirigida por Arribas Hernández y Massaguer Fuentes y celebrada del 11/04/2024 al 12/04/2024.

Palabras clave: Impugnación de resoluciones de la OEPM en vía civil. Naturaleza del proceso. Objeto del proceso. Carga de la prueba. Casación.

Abstract: Organic Law 7/2022, of 27th of July, introduced Article 447 bis into the Civil Procedure Act, under the heading 'Specialities for appeals against final decisions issued in industrial property matters by the Spanish Patent and Trademark Office'. With this legal reform, a procedure that until then belonged to the contentious-administrative branch of the Spanish jurisdiction, was relocated to the civil branch. The aim of this paper is to analyse the consequences that this change of the jurisdictional branch has on the subject matter of the process and on other related issues.

Key words: Judicial appeal against the Spanish Trademark and Patent Office decisions. Legal nature of the judicial appeal. Subject matter of the process. Burden of proof. Cassation appeal.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Disposición Final primera de la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 447 bis, con la rúbrica “Especialidades para la tramitación de los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas”.

Con esta reforma legal se traslada al ámbito de la jurisdicción civil un trámite procesal que hasta ese momento se hallaba en el de la jurisdicción contencioso-administrativa, alineando así en parte este régimen procesal a otros supuestos de impugnación en vía civil de resoluciones administrativas, como las dictadas en materia de protección de menores (arts. 779 y ss. de la LEC) o las procedentes de registradores de la propiedad o de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (art. 328 Ley Hipotecaria). El propósito de este trabajo es reflexionar sobre las implicaciones de semejante cambio en el orden jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento del asunto.

Objeto y naturaleza del proceso son dos categorías jurídicas estrechamente conectadas y condicionadas en las que es difícil establecer un orden de causa-efecto. Es decir, no es claro hasta qué punto el objeto determina el tipo o naturaleza del proceso y hasta qué otro punto es el tipo o naturaleza del proceso el que influye de modo considerable en la delimitación del objeto.

En el momento de construcción del régimen jurídico procesal, es decir, en la labor legislativa, lo normal es tomar como base, como causa, el objeto a enjuiciar. Desde esta perspectiva, es probable que, en 2022, el legislador construyese el régimen jurídico procesal del art. 447.bis pensando en las

peculiaridades que presenta su objeto, a saber, que se pretende la impugnación en vía civil de un acto administrativo, que, consecuentemente, es parte demandada de una administración pública...

En relación con este enfoque, la verdad es que resulta un tanto llamativo que la delimitación de la pretensión que se ejercita en el proceso aparezca en el apartado 10º del art. 447 bis. El precepto, en efecto, estructura sus normas conforme al itinerario procedimental y contempla las pretensiones susceptibles de ser planteadas después de regular, en la regla 9ª, el momento de la presentación de la demanda. A nuestro juicio, las normas que se refieren a un procedimiento que debe su existencia a las peculiaridades de su objeto deberían indicar las pretensiones que se pueden hacer valer al principio, junto con las referencias a la legitimación procesal.

En cambio, desde la perspectiva del momento de aplicación e interpretación de ese régimen jurídico procesal preconcebido, a veces, y creemos que este caso es una de esas veces, se invierte el orden, y sucede que la naturaleza y las características del tipo de proceso pueden influir en la determinación del objeto. Ciertamente, no en lo que pueda ser su objeto básico o estándar, pero sí en lo que eventualmente pueda adicionarse a él.

Esta reflexión nos ha llevado a considerar que el abordaje de la naturaleza de este proceso civil recientemente instaurado podría ser un punto de partida apropiado para resolver a continuación algunas incógnitas que presenta la delimitación de su objeto y otras cuestiones relacionadas. A esa consideración responde la estructura del trabajo.

II. NATURALEZA

En primer lugar, interesa resaltar que nos hallamos ante un proceso de naturaleza civil. El legislador, en la dicotomía, se ha decantado por la vía civil, y ha desechado la contencioso-administrativa, lo que significa que debe responder prioritariamente al fin propio del proceso civil, no al del proceso contencioso administrativo. Es decir, se trata de un proceso que persigue ante todo la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos de naturaleza privada del individuo que la reclama¹, y secundariamente el control

¹ Sobre la finalidad del proceso civil, GÓMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil, volumen primero*, Madrid, 1979, pp. 3-5; PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, 2ª ed., Pamplona, 1985, pp. 75 y ss. Y sobre las diferencias entre el proceso civil y el contencioso-administrativo, SERRA DOMÍNGUEZ, *Obra Pro-*

de la legalidad de la actuación administrativa en cuanto que sometida a Derecho Público.

Es cierto que el proceso contencioso-administrativo, desde la promulgación de la Constitución Española, art. 106, y, especialmente, desde la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 1998, se concibe también prioritariamente como un instrumento de tutela del administrado². Pero de semejante configuración no se ha de inferir que el proceso civil regulado en el art. 477 bis deba seguir las pautas propias del ámbito contencioso-administrativo, sino que se ha de deducir que la decisión del legislador de optar por la vía civil refuerza aún más la dimensión de tutela de los derechos subjetivos privados respecto de la —también existente— dimensión de control de la actividad administrativa. Porque, evidentemente, en la medida en que el derecho subjetivo o interés legítimo ha sido obviado o quebrantado mediante actividad administrativa requerida, verificar si ese acto es o no conforme a Derecho es también objetivo de este proceso, pero interesa en este momento resaltar que, a nuestro juicio, tal verificación no es la diana, sino una puerta que habrá que abrir para llegar a la diana.

Consideramos que esta forma de concebir y percibir el proceso en cuestión es relevante en la labor de interpretación de las normas procesales que lo regulan. Si la finalidad primordial fuera el control de la legalidad administrativa, se habría optado por la vía contencioso-administrativa. Desde esta perspectiva, entendemos que cuando el párrafo 1 del apartado 10 del art. 447 bis, sobre las pretensiones que se pueden hacer valer en este proceso, permite que se pueda pretender únicamente la declaración de que el acto administrativo en cuestión no es conforme a Derecho, lo hace en la medida en que de este modo ya se tutela el derecho subjetivo o interés legítimo privado del demandante. De no ser así, el demandante debería adicionar en su demanda la pretensión del párrafo segundo, es decir, el reconocimiento o restablecimiento de la situación jurídica individualizada y la adopción de medidas para el pleno restablecimiento de dicha situación. Terminología propia del ámbito administrativo, literalmente coincidente con el art. 31 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, si la traducimos a lenguaje más propio del campo civil y mercantil, alude al recono-

cesal I, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2023, pp. 199 y 603 y ss.

² Al respecto, STS de 27 de julio de 2021 (rec. 6012/2019), que, siguiendo la STS 684/2017, de 20 de abril (ES:TS:2017:1509) señala: “lo que constituye el objeto del proceso contencioso no es la revisión de un acto administrativo, sino la conformidad a derecho de una pretensión con referencia al acto administrativo impugnado...”.

cimiento y ejercicio de un derecho subjetivo o al reconocimiento y respeto a un interés legítimo³.

Esta premisa sobre la naturaleza civil del proceso tiene también trascendencia desde otro ángulo de análisis: por más que su origen sea la impugnación de un acto administrativo, el marco de discusión del proceso ante el que nos hallamos no tiene por qué ceñirse solo a verificar si en atención a las circunstancias concurrentes e información disponible en el momento de emisión del acto administrativo éste se ajustó o no a la legalidad, sino que puede ser más amplio con el objetivo de acreditar que se ha vulnerado el derecho subjetivo o interés legítimo del demandante. Es decir, es esa naturaleza civil la que explica sin reparos que los motivos por los que se discute en vía jurisdiccional el acto administrativo impugnado no tienen por qué coincidir con los esgrimidos en el procedimiento administrativo, sino que pueden ser más amplios⁴. Con todo, no se puede dejar de precisar que existe en este proceso, como en cualquier otro proceso jurisdiccional, un deber de buena fe en las actuaciones de las partes y una prohibición de abuso del derecho, uno y otra consagrados en el art. 11 de la LOPJ.

En atención a la ubicación en el cuerpo legal, en la LEC, el proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM se ha concebido como un proceso ordinario, concretamente un verbal, con especialidades en atención a la materia, en vez de como un proceso especial. En realidad, de juicio verbal tiene apenas la vista, acto que, además, puede no tener lugar si ninguna de las partes la solicita. En cambio, presenta tal cantidad de especialidades

³ Somos conscientes de que esta terminología propia del ámbito administrativo, y, sobre todo, las constantes alusiones en el art. 477 bis a este proceso como un “recurso”, no son precisamente un apoyo a la tesis que defendemos. Pero también se debe tener presente que actualmente nadie discute que la actividad jurisdiccional que sucede a la administrativa no es técnicamente un recurso. Y, por otra parte, si, como indicamos en el texto principal, en el propio ámbito contencioso-administrativo ya se ha superado el objetivo de mero control de legalidad, la decisión legislativa de optar por la vía jurisdiccional civil y descartar la contencioso-administrativa no puede ser inocua desde el punto de vista conceptual.

⁴ Tal y como señala MASSAGUER FUENTES, “La impugnación en vía civil de las resoluciones definitivas de la Oficina Española de Patentes y Marcas sobre propiedad industrial. Aspectos jurisdiccionales y procesales”, *Indret* 2.2023, apartado 3.5, pp. 118 y ss. Al respecto, también, CORDÓN MORENO, “El control judicial de las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas en materia de propiedad industrial que agotan la vía administrativa”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-control-judicial-de-las-resoluciones-de-la-oficina-espanola-de-patentes-y-marcas-en-materia-de-propiedad-industrial-que-agotan-la-via-administrativa/>, observación (iv).

respecto de ese proceso ordinario, que, a nuestro juicio, habría sido más apropiado ubicarlo en el libro cuarto de la LEC como un proceso especial.

En efecto, además de las peculiaridades que presentan los trámites iniciales referidos al escrito de interposición y a la remisión del expediente (que también existen en otros procesos civiles especiales como los que se inician frente a resoluciones administrativas que conciernen a menores —art. 780 LEC—), sin duda lo más especial de este proceso es su concepción en única instancia, seguida de recurso de casación, y el carácter colegiado del órgano que resuelve en primera instancia. Otros procesos civiles en los que se impugnan actos administrativos, en cambio (por ejemplo, impugnación de resoluciones administrativas adoptadas en materia de protección de menores, o impugnación de las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), se han estructurado en dos instancias (más recurso extraordinario) y el órgano que conoce en la primera es unipersonal.

No hay especialidades, sin embargo, en cuanto a los principios jurídico-técnicos. Eso significa que rigen el principio dispositivo y el de aportación de parte. Parece claro que el interés público que pueda existir en esta materia de Derecho sustantivo no requiere de una actuación jurisdiccional de oficio más allá de la que se pueda llevar a cabo en cualquier proceso civil de Derecho patrimonial.

En cualquier caso, a nuestro juicio, que sea un proceso especial o un proceso ordinario con especialidades en atención a la materia es un tema de escasa trascendencia práctica, que apenas va a influir en el modo en el que se han de colmar las lagunas o los problemas hermenéuticos que presenta el art. 447 bis. Sí tiene más relevancia que el esqueleto procesal sea el del juicio verbal, pues en lo no expresamente previsto se aplican antes las disposiciones de este tipo de proceso y las disposiciones generales del libro primero que las normas del ordinario⁵.

III. OBJETO DEL PROCESO

De una primera lectura del primer párrafo del art. 447 bis se deduce que el objeto de este proceso es la impugnación de un acto administrativo, concretamente una resolución dictada en recurso de alzada por el director

⁵ Lo cierto es que juicio verbal y juicio ordinario se aproximan cada vez más en estructura. A la incorporación de la contestación por escrito a la demanda, llevada a cabo por reforma de la LEC mediante la Ley 42/2015, se ha unido ahora, mediante el Real Decreto Ley 6/2023, la previsión expresa de práctica de diligencias finales —art. 445—.

de la OEPM. Sin embargo, como adelantábamos, la naturaleza civil de este proceso y, por tanto, su acomodación al fin clásico de estos procesos, la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos de Derecho privado de los particulares, unido a la estructura trimembre de la acción civil como objeto del proceso, obliga, a nuestro juicio, a ciertos matices.

Es común en la doctrina procesal civil distinguir tres elementos esenciales en el objeto del proceso, los sujetos, el *petitum* y la *causa petendi*, y esta, a su vez, presenta un componente fáctico y otro jurídico. Con este enfoque, el acto administrativo, en rigor, no es el objeto del proceso, sino solo una parte del elemento fáctico de la *causa petendi*. Y la impugnación de dicho acto, por lo general, tan solo una parte del *petitum*. Pues, como precisa el párrafo segundo del apartado 10, a la pretensión de impugnación se le puede adicionar la petición de reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, es decir, de la tutela del derecho subjetivo o interés legítimo del demandante.

Desde el punto de vista de la acción como objeto del proceso, el objeto de estos procesos es el derecho subjetivo público del demandante a que el Estado, a través de la Audiencia Provincial competente, declare que el acto administrativo es contrario a Derecho y adopte las medidas necesarias para que la OEPM, en función de lo pedido, bien restablezca al demandante en el pleno disfrute de su derecho de propiedad industrial, bien reconozca la inexistencia de un derecho de propiedad industrial a favor de otro sujeto distinto del demandante (acciones de nulidad o de caducidad).

1. SUJETOS

En relación con la parte subjetiva del objeto del proceso, para ser parte actora necesariamente se ha debido ser parte en el procedimiento administrativo previo (capacidad de conducción procesal), al menos en el recurso de alzada (téngase en cuenta que la OEPM permite interponer alzada a sujetos que no hayan sido parte en el expediente originario si acreditan un interés legítimo). Parte demandada en todo caso es la OEPM.

En consecuencia, otros sujetos interesados que pudieran intervenir en una u otra posición parece que se encuentran siempre condicionados por la actuación procesal de los que se acaban de mencionar, porque este proceso, al ser especial o con especialidades, tiene legalmente delimitado el ámbito de enjuiciamiento, también en el aspecto subjetivo del objeto.

Desde esta concepción, cabe plantearse hasta qué punto es aplicable el art. 13.3 de la LEC, ubicado en sede de disposiciones generales, a este

proceso. El citado precepto, como es sabido, confiere plena autonomía de actuación procesal al interviniente en situaciones de renuncia, allanamiento o desistimiento de la parte principal, y permite recurrir las resoluciones que resulten perjudiciales al interés del interviniente, aunque las consienta su litisconsorte. A nuestro modo de ver, en relación con la parte actora, la limitación de la legitimación activa a quien haya sido parte en el expediente impide que otros posibles intervinientes en el proceso puedan mantener la situación de litispendencia sin la anuencia del demandante⁶. Más dudas se nos presentan en relación con la parte demandada. Quizás, el reconocimiento en la regla 6^o del art. 447 bis a su condición plena de demandados pueda ser interpretado como una autorización a actuar, y especialmente a recurrir, aun no haciéndolo la OEPM.

En cualquier caso, en la medida en que las partes necesarias mantengan la vida del proceso, todo sujeto que justifique un interés legítimo y directo puede comparecer en defensa del mismo, integrándose, según el contenido de ese interés, en la posición activa o en la pasiva del proceso. Adviértase, en este sentido, que el término legal empleado en relación con el emplazamiento del Letrado de la Administración de Justicia es el más genérico de interesados (aunque solo a aquellos que lo estén para actuar en la posición jurídica de demandado), no solo a quienes hayan intervenido previamente en el expediente administrativo.

Por ejemplo, en procesos iniciados por un solicitante de patente frente a resoluciones denegatorias de la inscripción, además de la OEPM consideramos que podría intervenir como demandado cualquier sujeto que, de haberse concedido la patente, hubiese estado en condiciones de plantear oposición, hubiese formulado observaciones previamente o no (es más, aunque hubiera formulado observaciones, no se le considera parte en el expediente administrativo, pues así lo indica expresamente el art. 38 de la Ley de Patentes).

⁶ Por ejemplo, en caso de sentencia desestimatoria, cabe plantearse si los licenciarios o titulares de derecho de gravamen que hayan intervenido en el proceso coadyuvando al actor pueden recurrir por sí solos con base en el aludido art. 13 o no. A nuestro juicio, las especialidades subjetivas y objetivas de este proceso, a falta de disposición expresa en el propio art. 447 bis, lo impiden. Sin perjuicio, eso sí, de la posibilidad que tendrían tales licenciarios o titulares de garantías de iniciar un proceso declarativo de reclamación de responsabilidad frente a quien en este proceso frente a la OEPM decidió no recurrir la sentencia.

2. CAUSA PETENDI

En cuanto a la causa de pedir, adelantábamos que el acto administrativo —concretamente la resolución que pone fin al recurso de alzada— es solo un elemento de ésta. A él hay que añadir cualesquiera argumentos fácticos y jurídicos por los que ese acto administrativo deba ser revocado, salvo aquellos que debieran motivar un recurso excepcional de revisión en vía administrativa (art. 113 y ss. de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁷). En esos casos, insistentos, excepcionales, la vía jurisdiccional tras la revisión seguiría siendo la contencioso-administrativa⁸.

Los argumentos jurídicos que sirvan de base a la impugnación pueden ser tanto de Derecho sustantivo como relativos al incumplimiento de las normas administrativas en la producción del acto en cuestión o de aquél que le precedió, distinción esta con considerable relevancia en relación con el alcance del fallo de una sentencia estimatoria.

En efecto, mientras que parece claro que concurriendo alguno de los motivos de fondo esgrimidos por el actor (o sea, relativos a la infracción o aplicación incorrecta de las normas sobre propiedad industrial, tanto en su supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica) la sentencia estimatoria ha de reconocer el derecho subjetivo o interés legítimo del demandante, si el argumento formulado es de incumplimiento de las normas de procedimiento administrativo es más dudoso cómo se ha de proceder al restablecimiento de la situación jurídica individualizada: si mediante la emisión de una orden a la administración para que realice un nuevo acto cumpliendo con todas las prescripciones (art. 35 de la Ley 39/2015), mediante la reparación de la irregularidad administrativa por el órgano jurisdiccional sin reenvío al

⁷ Dispone el mencionado precepto que si concurre en el acto firme alguna de las circunstancias descritas en el art. 125.1 del mismo cuerpo legal sólo es posible el recurso extraordinario de revisión. Tales circunstancias son error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente, aparición de documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida, falsedad —declarada en sentencia judicial firme— de documentos o testimonios que hayan influido esencialmente en la resolución administrativa, y prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible declarada en virtud de sentencia judicial firme.

⁸ Se deduce así del art. 126.3 Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “Transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa”.

órgano administrativo, o, aún más directamente, mediante el reconocimiento del derecho subjetivo o interés legítimo privado del individuo.

En este sentido nos parece muy interesante la reciente sentencia 22/2024, de 25 de enero de la sección 32 de la AP de Madrid (juicio verbal 54/2023), en la que se impugnaba el acto denegatorio de inscripción de la marca por distintas razones, la primera de ellas por falta de motivación sobre dos elementos que en la resolución administrativa se mencionan y se dan por sentados: similitud de signos y riesgo de confusión con marca anterior. El órgano jurisdiccional, tras considerar que, tal y como señalaba el demandante, el acto administrativo adolecía de falta de motivación, y que la falta de motivación implica la nulidad del acto⁹, se escuda para no declarar la nulidad y reenviar de nuevo a la fase administrativa en que la parte no ha solicitado dicha nulidad, y entra a conocer sobre la existencia o no de riesgo de confusión y similitud de signos¹⁰.

A nuestro modo de ver, en un caso como el presentado en esta sentencia, de nuevo cobra trascendencia la naturaleza civil y no contencioso-administrativa del proceso. Porque ese fin primordial de tutela del derecho subjetivo de índole privada del particular por encima de verificar la legalidad de la actuación administrativa permite dar una explicación jurídicamente coherente al proceder que el tribunal a la postre observó en ese caso. Técnicamente consideramos que se declaró la nulidad del acto, pero no hubo retroacción a la vía administrativa, sino enjuiciamiento por el tribunal acerca de la existencia del derecho subjetivo a la creación del título de propiedad industrial y, constatado ese derecho, condena a la administración a llevar a cabo el acto necesario para la generación de dicho título de propiedad.

⁹ “Ni la resolución denegatoria de la solicitud de la marca ni la resolutoria del recurso de alzada razonan ni justifican la aplicación de la prohibición relativa en el caso de autos más allá de exponer los criterios jurisprudenciales para apreciar la similitud de los signos y el riesgo de confusión, pero sin hacer aplicación de esa doctrina al concreto supuesto analizado al agotarse la motivación, en lo que se refiere a este aspecto, en la mera afirmación apodíctica de que existe una elevada similitud en los signos, pero sin explicar las razones que la llevan a efectuar tan categórica afirmación.

El defecto denunciado justificaría la nulidad de actuaciones, con reposición de las mismas al momento en que se cometió la infracción, esto es, el inmediatamente anterior al dictado de la resolución que desestimó el recurso de alzada contra la resolución denegatoria de la marca”.

¹⁰ “La demandante no interesa la nulidad de actuaciones, sino que este tribunal acuerde el registro de la marca solicitada, lo que, como decimos, no es la consecuencia de la infracción denunciada, por lo que pasamos a examinar las demás alegaciones efectuadas por la parte demandante”.

3. EL *PETITUM*

En este proceso especial no ha de ser infrecuente la pluralidad de pretensiones. De hecho, la pura revocación del acto impugnado como pretensión única debería quedar reducida a aquellas hipótesis en las que ya de ese modo queda plenamente tutelado el derecho subjetivo o interés legítimo. Lo habitual será que a dicha petición le acompañe otra de emisión de un pronunciamiento meramente declarativo de inexistencia de un derecho de propiedad industrial o de condena a la administración para que cree, modifique o incluso extinga el derecho de propiedad industrial —concretamente en todos aquellos casos en los que la inscripción es de naturaleza constitutiva—.

En efecto, en la trilogía clásica de los tipos de acciones según el *petitum* (meramente declarativas, constitutivas o de condena), en la medida en que los derechos de propiedad industrial se constituyen con inscripción en la OEPM, consideramos que, al menos con carácter general, las pretensiones que se ejercitan en este tipo de procesos o son meramente declarativas (de inexistencia de un derecho de propiedad industrial —la inscripción de nulidad o caducidad en estos casos es a efectos de publicidad—) o son de condena, pero no constitutivas, porque el órgano jurisdiccional no puede crear el derecho de propiedad industrial, sino solo reconocer que el individuo ostenta un derecho a que la OEPM genere el título de propiedad industrial y conminar a ésta a que así lo haga.

IV. LA DEFENSA DEL DEMANDANDO COMO FACTOR PERFILADOR DEL OBJETO DEL PROCESO

La doctrina procesal considera que, si bien el objeto del proceso queda esencialmente definido por el actor en su demanda —el actor es el *dominus litis*—, los medios de defensa utilizados por el demandado —de pura defensa, luego entraremos en el tema de la reconvenición— también forman parte del objeto del proceso, en la medida en que terminan de delimitar el ámbito de conocimiento del tribunal, especialmente si implican la incorporación de excepciones de fondo¹¹.

Como regla, y dado que el art. 477 bis no contiene disposición alguna en torno al contenido de la contestación a la demanda, no hay límites en cuanto a los motivos de oposición, que pueden ser tanto procesales como de fondo, y, entre estos, cualesquiera excepciones, incluida, a nuestro jui-

¹¹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 270 y ss.

cio, en relación con las marcas, la excepción de nulidad o de caducidad de la marca, pues la norma del art. 61 bis 5 de la Ley 17/2001 de Marcas que impone el empleo de la reconvención para esgrimir la nulidad o la caducidad solo opera en procesos civiles entre particulares (o al menos en los que no se demanda a la OEPM) por violación de la marca¹².

Por lo tanto, en procesos frente a resoluciones denegatorias de la inscripción de una marca, la OEPM podrá oponer en su contestación a la demanda, como mera excepción, no reconvención, cualesquiera causas que justifiquen su resolución denegatoria y, consecuentemente, una sentencia absolutoria.

En cuanto a otros codemandados, entendemos igualmente que podrían excepcionar la nulidad de la marca porque, como decimos, la exigencia de planteamiento mediante reconvención (61 bis 5) se encuentra limitada a procesos declarativos ordinarios por violación de la marca. Ya sean causas de nulidad absoluta como de nulidad relativa, y ya sean las mismas que plantea la OEPM u otras.

En procesos frente a resoluciones desfavorables referidas a marcas ya inscritas previamente, en cambio, la OEPM no puede esgrimir causas de nulidad¹³, ni en vía administrativa ni ahora en esta vía judicial que se abre merced a la impugnación del acto administrativo, por prohibirlo expresamente el art. 27.3 de la Ley de Marcas al señalar expresamente, “dichas causas solo se podrán hacer valer —no dice declarar— en los procedimientos previstos en dichos artículos”, es decir, en los arts. 51 y 52¹⁴. Según este segundo precepto, la nulidad requiere en todo caso petición de alguno de los legitimados señalados en los arts. 51 y ss.

¹² “Interpuesta una demanda por violación de marca ante un tribunal...”, Comienza el mencionado precepto. El artículo fue añadido por Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre para la transposición de una Directiva europea de 2015 en materia de marcas y su puesta en práctica se produjo, junto con la Disposición adicional primera párrafo segundo de dicho Real Decreto-Ley, el 14 de enero de 2023.

¹³ Salvo las que fueran diferentes a las referidas en los arts. 51 y ss., preceptos que a su vez remiten a los arts. 5 y 6.

¹⁴ La expresión final del art. 27.3 que hemos resaltado entre comillas no solo impide una expresa declaración de oficio de nulidad con base en el art. 106 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo, sino que abarca también otras situaciones. Veda también que las causas de nulidad puedan ser tomadas en consideración en cualquier otro procedimiento administrativo referido a la marca que no tenga por objeto directamente una expresa declaración de nulidad, sino otros aspectos.

Por lo que a la alegación de caducidad como excepción se refiere, es verdad que el apartado 3 del art. 27 no hace referencia expresa a la caducidad, de modo que, en principio, podría alegarse por vía de excepción por parte de la OEPM.

Conviene, no obstante, completar el razonamiento sobre la oposición del demandado con una precisión. Según las tesis clásicas sobre objeto del proceso, congruencia y cosa juzgada, los pronunciamientos jurisdiccionales referidos a meras excepciones sirven para fundamentar el fallo desestimatorio de la demanda, pero no pasan en autoridad de cosa juzgada material¹⁵, lo que significa que se podría volver a discutir al respecto, por las vías administrativas y judiciales pertinentes. Adviértase, en este sentido, que el apartado 2 del art. 61 de la Ley de Marcas solo prohíbe nuevas solicitudes cuando se hubiera decidido sobre la nulidad o la caducidad merced a reconvención, no a mera excepción.

V. PLURALIDAD DE OBJETOS A INSTANCIA DEL ACTOR

Que un proceso sea especial u ordinario con especialidades no prohíbe automáticamente la acumulación de acciones, salvo que esté expresamente así previsto. Es más, como ya se ha apuntado, en supuestos de pluralidad de peticiones, en rigor, nos hallamos ante procesos con pluralidad de objetos.

Lo cierto, no obstante, es que el requisito de la homogeneidad procedimental, el de que las acciones se basen en los mismos hechos (art. 437.4.1º LEC) y el de la competencia objetiva del órgano para conocer de todas las acciones acumuladas limita bastante tal acumulación.

Cabe pensar, no obstante, en la acumulación inicial de la impugnación de varias resoluciones definitivas de la OEPM siempre que se basen en una

¹⁵ Sobre esas tesis clásicas, ampliamente, DE LA OLIVA, FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1990, pp. 189 y ss. En la actualidad, el art. 222.2 de la LEC prescribe: “La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 408 de esta Ley” (es decir, a la alegación de crédito compensable o de nulidad absoluta del negocio en el que se funda la pretensión cuando, por pedirlo así expresamente el demandante, reciben un tratamiento procedimental equivalente al de la reconvención). Acerca de este precepto, en qué medida corrobora las citadas tesis clásicas y su crítica, TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2019, pp. 47, 48 y 205 a 211.

misma situación fáctica y se respete el plazo de impugnación en relación con todos los actos impugnados¹⁶.

También sería posible la acumulación sobrevenida de procesos referidos a un mismo acto de la OEPM iniciados por diversos sujetos o de procesos referidos a distintos actos de la OEPM si se dan las condiciones de los arts. 77 y ss. de la LEC. En este punto la especialización del órgano jurisdiccional creo que es una fortaleza del sistema, pues lo normal es que los diversos procesos estén pendientes ante un mismo órgano, algo que, como es evidente, simplifica los trámites para la acumulación.

Es sabido que actualmente la Ley de marcas prohíbe presentar directamente demanda de nulidad o de caducidad de la marca sin antes haber acudido a la vía administrativa (se puede reconvenir la declaración de nulidad en un proceso por violación de marca, pero no se puede demandar). Sobre esa idea, parece que el demandante no puede acumular a su impugnación del acto de la OEPM (por ejemplo, una resolución denegatoria de inscripción) la acción de nulidad de marca anterior, sino que habría de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo de nulidad o caducidad de la marca.

VI. RECONVENCIÓN

Consideraciones especiales merece el tema de la reconvencción.

Parece claro que la OEPM no puede presentar demanda reconvenccional en ningún caso, por falta de titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda ser objeto de tutela en este tipo de procesos.

Sin embargo, estimamos que merece algunas reflexiones más el tema de si otros codemandados pueden reconvenir y frente a quién.

Como punto de partida, conviene tener presente:

1. Ni en los procesos ordinarios con especialidades ni en los procesos especiales está prohibida la reconvencción siempre que no sean sumarios. Aunque, obviamente, se han de cumplir los requisitos procesales que se exigen para cualquier reconvencción.
2. Es también interesante reparar en que el art. 407 de la LEC permite a un demandando reconvenir frente a sujetos distintos del demandante.

¹⁶ Adviértase que, en esa línea, en relación con la impugnación de resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, la LEC fomenta la acumulación de procesos referidos a diversos actos que conciernan a un solo menor (art. 76 y 780 LEC).

Es verdad que literalmente se impone como requisito “siempre que se puedan considerar litisconsortes voluntarios o necesarios de aquél”, pero lo cierto es que esa exigencia, en cuanto engloba la modalidad de litisconsorcio voluntario, poco añade al requisito de la conexión que se exige para cualquier demanda reconvenional. En consecuencia, en abstracto es admisible que un codemandado reconvenga frente a otro codemandado (o sea, un codemandado frente a la OEPM y frente al demandante) —obviamente, si se cumple el requisito de la conexión y los restantes requisitos procesales—.

3. Entre esos requisitos procesales, es claro que la competencia objetiva de la Audiencia Provincial en este proceso regulado en el art. 447 bis es un obstáculo muy relevante, pues, en general, la competencia objetiva para conocer de acciones en materia de propiedad industrial corresponde a juzgados de lo mercantil. Y también constituye una traba la configuración procesal en única instancia.

A partir de estas consideraciones, especialmente de la tercera, la conclusión general es que todas aquellas acciones en materia de propiedad industrial que en vía directa deban ventilarse ante el juzgado de lo mercantil no pueden plantearse en este proceso por vía de reconvenición.

Solo quedaría, entonces, en una situación peculiar la acción reconvenional sobre nulidad o caducidad de la marca. Es decir, cabe preguntarse si en un proceso de impugnación de una resolución de la OEPM desarrollado conforme a las especialidades del art. 447 bis de la LEC, un codemandado podría, mediante reconvenición (con las consecuencias de tramitación y de efecto de cosa juzgada que conlleva en comparación con la mera excepción), solicitar la declaración de nulidad o de caducidad de la marca que esgrime el demandante, y no solo ceñirse a la solicitud de confirmación del acto administrativo.

La verdad es que no tenemos una respuesta definida. Ni siquiera es claro si éste es un tema que pueda realmente suscitar interés en la práctica cotidiana de los litigantes en esta materia. Pero sí nos decantamos por afirmar que la respuesta negativa a esa posibilidad no se encontraría ni en el requisito de la homogeneidad procedimental —pues nulidad y caducidad de marca a la postre podrían ventilarse por los trámites del 477 bis— ni en el de la competencia objetiva —que también a la postre correspondería a la Audiencia Provincial—, sino, en todo caso, en el de la falta de reclamación previa en vía administrativa. Es decir, se trata, en definitiva, de tomar postura acerca de si el cambio de esquema acontecido el 14 de enero de 2023,

que responde a criterios de eficiencia¹⁷, ha de ser interpretado con estricta literalidad, de modo que la vía reconvenzional, en vez de la directa, únicamente es viable si ya se ha iniciado un proceso por violación de la marca (juicio ordinario ante juzgado de lo mercantil), o si ha de concebirse de modo más flexible, en aras a alcanzar dicha eficiencia, esto es, también cuando se haya iniciado un proceso de impugnación de una resolución de la OEPM que verse sobre una marca en relación con la cual un sujeto, distinto del demandante, esté legítimamente interesado en una declaración de nulidad o caducidad de dicha marca.

VII. OBJETO DEL PROCESO Y CARGA DE LA PRUEBA. EN ESPECIAL LA PRUEBA DEL USO DE MARCA ANTERIOR

La delimitación del objeto del proceso no solo es trascendente para concretar el deber de congruencia o el alcance de la cosa juzgada material. También lo es en alguna medida para la distribución de la carga material de la prueba de los hechos discutidos. En el ámbito de las marcas, un hecho controvertido habitual es el del uso de la marca por parte de su titular.

En vía administrativa, el legislador señala expresamente que, en un procedimiento de inscripción de una marca, si hay oposición por parte del titular de una marca anterior —marca prioritaria—, el solicitante de la nueva marca puede exigir al oponente que acredite el uso de su marca prioritaria (art. 21 LM). Por lo tanto, si no queda suficientemente acreditado el uso de la marca anterior, la oposición no prosperará. Igualmente, en los procedimientos administrativos de caducidad de la marca por falta de uso, corresponde al titular de la marca demostrar que ha sido usada¹⁸ o que existen causas justificativas de la falta de uso, pues así lo prescribe el art. 57 de la Ley de Marcas¹⁹.

¹⁷ Al respecto, MASSAGUER, “La acción y el procedimiento de nulidad administrativa en materia de marcas (1)”, *La Ley Mercantil*, 102, Sección Derechos de la Propiedad intelectual, Doctrina, mayo, 2023.

¹⁸ Al respecto, en relación con la nulidad, PASCUAL DE QUINTO SANTOS-SUÁREZ, “Contraataques marcarios en los procedimientos de solicitud de nulidad de una marca ante la OEPM”, *Blog Propiedad Intelectual e Industrial Garrigues*, <https://blogip.garrigues.com/marcas/contraataques-marcarios-en-los-procedimientos-de-solicitud-de-nulidad-de-una-marca-ante-la-oepm>.

¹⁹ El precepto deriva del art. 19 de la Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

También en los procesos jurisdiccionales por violación de marcas el art. 41.2 de la Ley de Marcas señala que, si el demandado se opone alegando la falta de uso de la marca por parte de demandante, es el demandante el que debe probar el uso. Es decir, incumbe la carga formal y material de la prueba al demandante, de modo que, si tras la práctica de las pruebas, hubiera incertidumbre en el órgano jurisdiccional acerca del uso, debe resolver sobre este extremo en contra del demandante²⁰.

“1. Podrá ser declarada la caducidad de una marca si, dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años, no ha sido objeto, en el Estado miembro de que se trate, de un uso efectivo para los productos y servicios para los que esté registrada, y si no existen causas que justifiquen la falta de uso.

2. Nadie podrá invocar la caducidad de una marca si, en el intervalo entre la expiración del periodo señalado y la presentación de la solicitud de caducidad, se ha iniciado o reanudado un uso efectivo de la marca.

3. El comienzo o reanudación del uso en el plazo de los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud de caducidad que empezó a correr, como muy pronto, al expirar el periodo ininterrumpido de cinco años de no utilización, no se tomará en cuenta si los preparativos para el inicio o la reanudación del uso se hubieran producido después de haberse enterado el titular de que podría presentarse solicitud de caducidad.”

En realidad, el citado precepto no se pronuncia expresamente sobre la carga de la prueba, ni sobre la carga de la alegación o exposición de los hechos que revelan la falta de uso. Sin embargo, el TJUE sí ha interpretado el artículo reproducido en el sentido de hacer recaer sobre el titular de la marca la carga de la prueba del uso y eximir al solicitante de caducidad de la carga de presentar observaciones fundamentadas en apoyo de su solicitud (lo que podría calificarse como una carga de alegación o exposición de los hechos reveladores de la falta de uso). Así, en la STJUE (Sala Décima) de 10 de marzo de 2022, asunto C-183/21, referida a una cuestión prejudicial sobre la regulación alemana y su interpretación por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), se declara que atenta contra el art. 19 de la Directiva una norma que en un procedimiento de solicitud de caducidad por falta de uso obliga al solicitante (de la declaración de caducidad) a presentar observaciones fundamentadas en apoyo de su solicitud.

²⁰ La norma se encuentra en consonancia con el art. 17 de la Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas: “Falta de uso como defensa ante una acción por violación de marca. El titular de una marca podrá prohibir la utilización de un signo sólo en la medida en que los derechos del titular no puedan ser objeto de una declaración de caducidad con arreglo al art. 19 en el momento de entablar la acción por violación. Si el demandado lo solicita, el titular de la marca acreditará que, durante el plazo de 5 años anterior a la fecha de presentación de la acción, la marca se usó efectivamente conforme a lo previsto en el art. 16 en conexión con los productos o servicios respecto de los cuales está registrada y en que se fundamenta la acción, o que existen causas justificativas para su falta de uso, siempre que el procedimiento de registro de la marca haya finalizado al menos cinco años antes de la fecha de presentación de la acción”.

Pero creo que es importante reparar en que ese régimen, que en cierta manera implica una sobrecarga²¹ probatoria sobre el titular de marca anterior, no se halla previsto ni en el art. 447 bis ni en el 217, ambos de la LEC. En consecuencia, en el proceso jurisdiccional que se abre frente a una resolución de la OEPM, a falta de tales previsiones específicas expresas, rigen las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba establecidas en los primeros apartados del art. 217. De modo que incumbe la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión al demandante y la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes al demandado. Ciertamente, calificar un hecho como constitutivo de la pretensión o como impeditivo (sobre todo), extintivo o excluyente no es tema sencillo, y se debe tener presente, además, que el apartado 7 del art. 217 de la LEC alude a la facilidad probatoria como criterio de moderación judicial (suele entenderse que la prueba de un hecho negativo es más difícil que la de su contrario). Pero en cualquier caso consideramos que, salvo que haya reformas legales futuras, derivadas de exigencias de Derecho de la Unión Europea²², a día de hoy, no hay en estos procesos alteraciones de carga de la prueba ni inversiones de carga de la prueba. Y esta situación jurídica tiene trascendencia no solo en relación con la carga formal sino, sobre todo, respecto de la carga material.

Veamos algunas hipótesis que pueden ser interesantes.

Por un lado, si la OEPM resuelve en alzada denegando la inscripción de una marca, ya sea por haber quedado acreditado el uso de una marca anterior, o por alguna de las restantes causas legales de denegación, iniciado el proceso jurisdiccional, ¿rige en el proceso la regla de prueba del uso a cargo del oponente titular de una marca anterior, es decir, a cargo del codemandado (junto a la OEPM), de tal modo que en caso de duda acerca del uso debiera de entenderse que ha habido falta de uso y que, por tanto, la marca posterior puede inscribirse? Parece que no, tanto si la decisión denegatoria de la OEPM se basó en el uso de marca anterior como si se fundó en otros motivos de denegación. Porque, como advertíamos, el art. 21 LM

²¹ Constituye a nuestro juicio una sobrecarga en el sentido de que se impone una demostración a un sujeto que cuenta con una inscripción válida a su favor en un registro público.

²² La STJUE de 10 de marzo de 2022 a la que antes nos hemos referido juzga en relación con un sistema jurídico en el que la caducidad de la marca se hacía valer en vía jurisdiccional, por lo que cabe pensar que, con base en ella, pudieran introducirse cambios en el art. 447 bis de nuestra LEC en procesos de impugnación de resoluciones de la OEPM desestimatorias de la solicitud de caducidad.

y su desarrollo reglamentario alcanzan exclusivamente al procedimiento administrativo, no a la vía jurisdiccional, para la que el art. 447 bis no contiene reglas que alteren la carga de la prueba.

En cambio, si la marca posterior se registra por considerar que no concurre ninguna de las prohibiciones, y el titular de la marca anterior demanda la resolución de reconocimiento e inscripción de una marca, ese demandante (titular de la marca anterior) sí tendría la carga de prueba respecto al uso de dicha marca, en la medida en que es un hecho constitutivo de su pretensión.

En tercer lugar, ¿y si en vía administrativa no se ha discutido sobre el uso de marca anterior, sino sobre otras razones? ¿Puede comparecer como demandado el titular de una marca anterior alegando su prioridad? Creemos que sí. ¿Tendría que demostrar él el uso? De nuevo entendemos que no. Es el demandante el que, como alegación complementaria (si es que no la incluyó en la demanda inicial) tendría que esgrimir la falta de uso y presentar prueba suficiente, sin perjuicio de que, a efectos de carga material de la prueba, el tribunal, en atención a las circunstancias del caso, aplique el apartado 7 del art. 217 de la LEC.

VIII. CASACIÓN

Según adelantábamos, posiblemente la mayor singularidad de este proceso civil de impugnación de resoluciones emanadas de la OEPM radique en su estructura en única instancia, a cargo de un órgano colegiado, y ulterior casación ante el Tribunal Supremo.

Tras la última modificación operada en la LEC (por Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre), se prevé la posibilidad de recurrir la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en primera instancia en este tipo de procesos en el apartado 1, párrafo segundo, del art. 477. Se observa en este punto un cambio importante respecto de la forma originaria en la que se reguló en 2022 el acceso al recurso de casación²³, pues ahora resulta claro que todas las prescripciones que siguen a continuación en el art. 477 sobre los motivos (infracción de ley, interés casacional, interés casacional notorio) y otros requisitos son de aplicación al recurso de casación frente a sentencias dictadas en estos procesos.

²³ En ese momento se incorporó un apartado 4 al art. 477, que posteriormente fue suprimido, y que suscitaba la duda de si los requisitos de los apartados anteriores resultaban vinculantes en estos procesos.

En consecuencia, el hecho de que la fase previa a casación esté configurada en instancia única no afecta al alcance del recurso extraordinario, que, exactamente igual que en procesos diseñados en doble instancia, solo prosperará si concurre motivo legalmente establecido. El motivo, según se infiere de la redacción actual del apartado 2 del art. 477, se compone de dos elementos —salvo en un supuesto que no guarda relación con la materia que abordamos²⁴—: infracción de norma procesal o sustantiva e interés casacional, ya sea ordinario, ya notorio.

En cuanto a la existencia de infracción legal, dentro de las normas de naturaleza sustantiva, no solo han de considerarse ubicadas las referidas al derecho de propiedad industrial discutido en el proceso del que deriva la casación, sino también las de Derecho administrativo aplicables a lo largo del desarrollo del expediente tramitado en la OEPM, tanto en su primera fase como en alzada²⁵. En este sentido, pese a su condición de normas procedimentales, su catalogación a efectos de casación como normas sustantivas tiene consecuencias tales como la no aplicación del requisito establecido en el apartado 6 del art. 477 y previsiones concordantes. No obstante, sí parece que el análisis de su infracción debe anteponerse al de las normas de Derecho mercantil referidas al título de propiedad industrial en cuestión, en especial cuando su estimación, con la consecuente declaración de nulidad de la resolución de la OEPM, determine una reposición de las actuaciones hasta la vía administrativa (art. 487.3).

En relación con el interés casacional, a nuestro juicio, la reciente asunción de esta materia jurídica por parte de la jurisdicción civil plantea la duda de si la doctrina jurisprudencial emanada del orden contencioso-administrativo hasta que entró en vigor la reforma de 2022 puede ser tomada como referencia en la casación civil. De la respuesta que se proporcione en este punto depende la justificación del interés casacional, aspecto este de indudable trascendencia, hasta el punto de que es uno de los que deben figurar en la carátula del escrito de interposición del recurso, según señala el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2023

²⁴ La excepción se halla en sentencias dictadas para la tutela de derechos fundamentales susceptibles de amparo, en relación con las cuales solo se requiere infracción de ley.

²⁵ No es obstáculo en este punto el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2017. Porque la indicación de que el recurso de casación civil no puede fundarse en la infracción de normas de Derecho administrativo va inmediatamente seguida de la precisión de que esas normas no se pongan en relación con normas de Derecho civil o mercantil. Y en este caso es clara la relación entre las normas administrativas y las de propiedad industrial.

(BOE 21 septiembre de 2023). Si es jurisprudencia de referencia, el interés casacional quedaría justificado en caso de contravención de dicha doctrina por parte de la Audiencia Provincial que haya dictado la sentencia impugnada²⁶. De no serlo, el interés casacional debería canalizarse por el cauce de la aplicación de normas sobre las que no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

A nuestro modo de ver, la doctrina de la Sala Tercera, en todo aquello que sea extrapolable al modo de enjuiciamiento de los conflictos propio del orden civil, es jurisprudencia a efectos del art. 477 LEC. No debe empecer a ello el hecho de que el Acuerdo de la Sala Primera del año 2017 específicamente hiciese mención a la Sala Primera en la interpretación de la norma referida al interés casacional. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque ese acuerdo fue diseñado en un momento histórico en el que no existía la situación que describimos y, por tanto, no puede servir para orientar la respuesta ante esa situación en ningún sentido. En segundo lugar, porque la literalidad de la Ley, tanto del art. 477.3 de la LEC como del 1.6 del Código Civil no precisan que la jurisprudencia tenga que proceder de la Sala Primera. Y, en tercer lugar, porque el criterio sentado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido conformado en asuntos en relación con los cuales en ese momento ostentaba jurisdicción por razón de la materia, de modo que lo procedente es que las resoluciones adoptadas desplieguen todos los efectos propios de una sentencia de casacional.

No obstante, este planteamiento que defendemos sobre la vía del interés casacional presenta como inconveniente el indeseable efecto que se podría derivar de la aplicación del art. 487 en caso de estimación del motivo. Dispone el precepto mencionado que cuando ya existe doctrina jurisprudencial, el recurso de casación puede ser resuelto por medio de auto que devuelva el asunto al tribunal de procedencia para que dicte nueva resolución. A nuestro modo de ver, en casaciones procedentes de procesos tan nuevos como éste, lo aconsejable es que durante un periodo de tiempo considerable sea la propia Sala Primera del Tribunal Supremo la que aborde la cuestión litigiosa de fondo tras estimar el motivo, precisando la medida en que lo antiguo es trasladable al actual proceso en el orden civil y actualizando la doctrina jurisprudencial en los extremos en que sea necesario. Lo contrario

²⁶ Señala ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO que esta es la modalidad de interés casacional de invocación más frecuente. Cfr. MACÍAS CASTAÑO, GUERRERO GÓMEZ, ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, LUNA YERGA, RODRÍGUEZ PUÑAL, *El nuevo recurso de casación. Una primera aproximación al nuevo diseño del recurso de casación civil y contencioso-administrativo en el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio*, Pamplona, 2023, p 73.

anquilosaría el Derecho aplicable y supondría trasladar en bloque una visión propia del ámbito contencioso-administrativo al orden civil. De ahí que pongamos el acento en la importancia de que esa norma, el art. 487, conciba la resolución mediante auto y remisión al órgano *a quo* como una posible opción, no una prescripción, y propugnemos la conveniencia de que el órgano de casación se decante por la otra alternativa durante un tiempo prudencial a contar desde la entrada en vigor del nuevo sistema.

En relación con el interés casacional basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales²⁷, conviene reparar en que esa “jurisprudencia” procedente de tales órganos —exclusivamente de aquellas secciones competentes a partir de la previsión del art. 82 bis de la LOPJ— se genera mediante el dictado de sentencias de primera instancia, no de apelación. Aunque la práctica parece demostrar que estos procesos se sustancian de modo claramente mayoritario en la Audiencia Provincial de Madrid, otras Audiencias también están llamadas a desarrollar un rol destacado en la aplicación e interpretación de las normas sobre esta materia, por lo que no cabe descartar la funcionalidad de este cauce para el acceso a casación.

Por su parte, y para finalizar, el nuevo interés casacional notorio (477.4)²⁸ está llamado a ser, nos parece, una vía clave de acceso a casación en este proceso de reciente creación, pues precisamente ese traslado de un orden

²⁷ A juicio de ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, para que esta modalidad de interés casacional proceda es necesario que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el problema jurídico en cuestión. Posiblemente base tal afirmación en que así se indicaba también en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2017 (apartado 3.3 D). Y de tal premisa asumida concluye el escaso sentido que tiene mantener hoy en día esta modalidad de interés casacional al haber desaparecido el límite de los 5 años de vigencia de las normas sobre las que no exista jurisprudencia, pues las otras dos vías —oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o inexistencia de jurisprudencia— resultan por sí solas suficientes. Cfr., *El nuevo recurso de casación...* cit., p. 75.

Lo cierto es que el art. 477, ni antes ni ahora, condiciona esta vía de interés casacional a que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de tal forma que este cauce podría resultar útil para aquellos supuestos en los que la sentencia impugnada se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en otras Audiencias está emergiendo un criterio dispar. Sería, además, junto con el interés casacional notorio, un buen instrumento para la actualización de la jurisprudencia al tiempo en el que las normas son aplicadas.

²⁸ ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO se muestra muy crítico con la utilidad de este nuevo motivo. Cfr., *El nuevo recurso de casación...*, cit., p. 78.

jurisdiccional a otro determina claramente, a nuestro juicio, la existencia de un interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal.

IX. CONCLUSIONES

El proceso regulado en el art. 477 bis, en cuanto proceso de naturaleza civil, persigue ante todo la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos de naturaleza privada del individuo que la reclama y, secundariamente, el control de la legalidad de la actuación administrativa llevada a cabo por la OEPM.

En consecuencia, el marco de discusión no tiene que ceñirse a verificar si en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de emisión del acto administrativo éste se ajustó o no a la legalidad, sino que puede ser más amplio, con el objetivo de acreditar que se ha vulnerado el derecho subjetivo o interés legítimo del demandante.

Para ser demandante es necesario haber sido parte en el procedimiento administrativo previo, al menos en la fase de recurso de alzada. Parte demandada es la OEPM. La intervención de tercero en la parte activa, con base en el art. 13 de la LEC, se limita a la posición de mero coadyuvante. En cuanto a la intervención de terceros en la posición de demandados, quizás el reconocimiento en la regla 6ª del art. 477 bis pueda ser interpretado como una autorización a tales terceros a actuar, y especialmente a recurrir, aún no haciéndolo la OEPM.

En cuanto a la causa de pedir, la resolución que pone fin al recurso de alzada es solo un elemento de ésta. A él hay que añadir cualesquiera argumentos fácticos y jurídicos por los que ese acto administrativo deba ser revocado, salvo los que motiven recurso excepcional de revisión en vía administrativa, que tras la revisión desembocarían en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto al *petitum*, en la medida en que los derechos de propiedad industrial se constituyen con inscripción en la OEPM, consideramos que, al menos con carácter general, las pretensiones que se ejercitan en este tipo de procesos o son meramente declarativas (de inexistencia de un derecho de propiedad industrial) o son de condena, pero no constitutivas, porque el órgano jurisdiccional no puede crear el derecho de propiedad industrial, sino solo reconocer que el individuo ostenta un derecho a que la OEPM genere el título de propiedad industrial y condenar a ésta a que lo haga.

Como regla, dado que el art. 477 bis no contiene disposición alguna en torno al contenido de la contestación a la demanda, no hay límites en cuanto a los motivos de oposición, que pueden ser tanto procesales como de fondo y, entre estos, cualesquiera excepciones, incluidas, en relación con las marcas, a nuestro juicio, las excepciones de nulidad y caducidad de la marca, pues la norma del art. 61 bis 5 de la Ley de Marcas solo opera en procesos entre particulares por violación de la marca.

Todas aquellas acciones en materia de propiedad industrial que en vía directa deban ventilarse ante el juzgado de lo mercantil no pueden plantearse en este proceso por vía de reconvencción.

Es discutible si un codemandado puede, mediante reconvencción, solicitar la declaración de nulidad o de caducidad de la marca que esgrime el demandante. La respuesta negativa a esta posibilidad no se encontraría ni en el requisito de la homogeneidad procedimental ni en el de la falta de competencia objetiva, sino, en todo caso, en el de la falta de reclamación previa en vía administrativa.

A falta de previsiones específicas en el art. 477 bis, en el proceso jurisdiccional que se abre frente a una resolución de la OEPM, rigen las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba, formal y material, cuestión ésta de especial trascendencia en relación con la prueba del uso de la marca anterior.

Desde el punto de vista procedimental, sin duda lo más especial de este proceso es su concepción en única instancia con posibilidad de recurso de casación y el carácter colegiado del órgano que resuelve en el primer grado jurisdiccional. El hecho de que la fase previa a casación esté configurada en instancia única no afecta al alcance del recurso extraordinario, que sólo prosperará si concurre el motivo legalmente establecido de infracción de norma e interés casacional, ya sea ordinario, ya notorio.

En cuanto a la infracción de ley, dentro de las normas de naturaleza sustantiva no solo han de considerarse ubicadas las referidas al derecho de propiedad industrial sobre el que se discute, sino también las de Derecho administrativo aplicables a lo largo del desarrollo del expediente tramitado en la OEPM, tanto en su primera fase como en alzada.

En relación con el interés casacional, en nuestra opinión, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en todo aquello que sea extrapolable al modo de enjuiciamiento de los conflictos propio del orden civil, es jurisprudencia a efectos del art. 477. Si bien, en caso de ser estimado el recurso, lo aconsejable es que durante un periodo de tiempo prudencial la Sala Primera

no haga uso de la posibilidad de reenvío prevista en el art. 487, sino que sea ella la que aborde la cuestión litigiosa de fondo, precisando la medida en que la jurisprudencia anterior a la incorporación del procedimiento a la jurisdicción civil debe perdurar y actualizando los extremos que sea necesario.

En relación con el interés casacional basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, se ha de reparar en que esa “jurisprudencia” se genera mediante el dictado de sentencias de primera instancia, no de apelación.

El interés casacional notorio está llamado a ser, nos parece, una vía clave de acceso a la casación, pues precisamente el traslado de un orden jurisdiccional a otro genera la existencia de un interés general para la interpretación uniforme de la nueva ley estatal en la materia.

X. BIBLIOGRAFÍA

CORDÓN MORENO, “El control judicial de las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas en materia de propiedad industrial que agotan la vía administrativa”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-control-judicial-de-las-resoluciones-de-la-oficina-espanola-de-patentes-y-marcas-en-materia-de-propiedad-industrial-que-agotan-la-via-administrativa/>

DE LA OLIVA, FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal civil II*, Madrid, 1990.

GÓMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil, volumen primero*, Madrid, 1979.

MACÍAS CASTAÑO, GUERRERO GÓMEZ, ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, LUNA YERGA, RODRÍGUEZ PUÑAL, *El nuevo recurso de casación. Una primera aproximación al nuevo diseño del recurso de casación civil y contencioso-administrativo en el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio*, Pamplona, 2023.

MASSAGUER FUENTES, “La impugnación en vía civil de las resoluciones definitivas de la Oficina Española de Patentes y Marcas sobre propiedad industrial. Aspectos jurisdiccionales y procesales”, *Indret* 2. 2023.

MASSAGUER FUENTES, “La acción y el procedimiento de nulidad administrativa en materia de marcas (1)”, *La Ley Mercantil*, 102, Sección Derechos de la Propiedad intelectual, Doctrina, mayo, 2023.

PASCUAL DE QUINTO SANTOS-SUAREZ, “Contraataques marcarios en los procedimientos de solicitud de nulidad de una marca ante la OEPM”, Blog Propiedad Intelectual e Industrial Garrigues, <https://blogip.garrigues.com/marcas/contraataques-marcarios-en-los-procedimientos-de-solicitud-de-nulidad-de-una-marca-ante-la-oepm>.

PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona, 1985.

SERRA DOMÍNGUEZ, *Obra Procesal I*, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2023.

TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada*, Madrid, 2019.

EL PROCESO CIVIL ANTE LA TUTELA DEL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE ADECUADO. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DEL EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS*

Civil proceedings for the protection of the right to an adequate environment. Analysis and perspectives of the exercise of class actions

ANA MARÍA VICARIO PÉREZ

Profesora Ayudante Doctora

Área de Derecho Procesal - Universidad de Burgos

amvperez@ubu.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MEDIOAMBIENTE COMO DERECHO DE NECESARIA PROTECCIÓN. III. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: EL MEDIOAMBIENTE COMO INTERÉS DIFUSO. IV. LEGITIMACIÓN PARA LA TUTELA COLECTIVA DEL MEDIOAMBIENTE. 1. La legitimación ante procesos colectivos. Opción del legislador español. 2. Reflexiones en torno a la legitimación para la tutela colectiva del medioambiente. V. COMPETENCIA EN MATERIA DE PROCESOS COLECTIVOS DE TUTELA DEL MEDIOAMBIENTE. VI. COSA JUZGADA Y EFECTO PREJUDICIAL DE LA SENTENCIA COLECTIVA. 1. Sobre el efecto negativo de cosa juzgada material. 2. Sobre el efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada material. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad estudiar las posibilidades de extrapolar el régimen jurídico de acciones colectivas previsto en la LEC para los consumidores y usuarios a la protección del medioambiente. Con ello, se analizan las lagunas que presenta el ordenamiento procesal español a la hora de amparar la tutela de este bien difuso, proponiendo en su caso las necesarias adaptaciones que serían necesarias en instituciones procesales como la legitimación, la competencia y la cosa juzgada.

Palabras clave: proceso civil; tutela colectiva; medioambiente; legitimación; competencia; cosa juzgada; intereses difusos.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del plan estatal “El Derecho Procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Ref. PID2021-124027NB-I00)”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

Abstract: The aim of this paper is to study the possibilities of extrapolating the legal regime of collective actions provided for in the LEC for consumers and users to the protection of the environment. In doing so, it analyses the gaps in the Spanish procedural system when it comes to protecting the protection of this diffuse good, proposing, where appropriate, the necessary adaptations that would be necessary in procedural institutions such as standing, jurisdiction and *res judicata*.

Key words: civil procedure; collective protection; environment; legal standing; jurisdiction; *res judicata*; diffuse interests.

Abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Reconocido como bien jurídico protegible tanto por el ordenamiento español como por el supranacional, el derecho a un medioambiente adecuado viene ocupando en los últimos tiempos un espacio destacado en el análisis doctrinal. Ciertamente, el progresivo abandono del individualismo por cuanto se refiere a la tutela brindada por los órganos jurisdiccionales, obedece a una creciente toma de conciencia en torno a la consideración del sujeto no como ser individual que se relaciona con otros, sino como miembro de una colectividad en la que existen intereses que van más allá de la titularidad unipersonal.

Como primera toma de contacto, puede de aludirse a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el empleo de armas nucleares, de 8 de julio de 1996, donde se señala que “*el medio ambiente no es un*

*concepto abstracto, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, en particular, de las generaciones venideras*¹; o con carácter más reciente, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 28 de julio de 2022, por la que se declara que todo ser humano tiene derecho a un medioambiente sano².

Con ello, la protección jurisdiccional del medioambiente ha sufrido una evolución paulatina fundamentalmente desde el siglo XX, dejándose atrás su concepción como mera fuente de recursos naturales y económicos para el ser humano, para pasar a erigirse en un bien universal determinante del bienestar de la humanidad³ e inherente a la dignidad humana⁴. El medioambiente “*no constituye la mera atribución al ser humano de algo que le corresponde y que, por lo tanto, es necesario reconocérselo mediante una norma jurídica, sino más bien que se le reconoce en la norma porque existe y lo que se hace mediante la norma es confirmar la propia naturaleza de la vida humana de nacer, desarrollarse, morir y repetir el ciclo de generación en generación en un entorno determinado, de manera general, denominado planeta Tierra*”⁵.

Se configura, de esta suerte, un concepto de “economía ambiental” fundamentada en el desarrollo sostenible, esto es, en la búsqueda de un equilibrio entre la explotación del entorno natural y su conservación⁶.

Es así que surgen nuevas necesidades legislativas, toda vez que la tradicional consideración del proceso como referente en exclusiva a la sal-

¹ Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el empleo de armas nucleares, de 8 de julio de 1996, apartado 29, disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n96/183/10/pdf/n9618310.pdf> (última consulta: 28 de octubre de 2024).

² Disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en&v=pdf> (última consulta: 28 de octubre de 2024).

³ DE LUIS GARCÍA, E., “El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho”, *Revista Boliviana de Derecho* 2018, n. 25, pp. 550-569, esp. p. 553.

⁴ FERRETE SARRIÁ, C., “El derecho humano a un medio ambiente sano en el Tratado de la Constitución para Europa”, *RECERCA. Revista De Pensament I Anàlisi* 2012, n. 6, pp. 141-156, esp. p. 147. Compartimos con la autora la idea de que “*Un medio ambiente sano constituye un requisito sin el cual no es posible una vida verdaderamente humana o digna, porque el ser humano se hace, vive en un medio, por tanto, una vida humana digna es una vida vivida en un entorno digno*”.

⁵ NEIRA HIDALGO, G., “El Derecho a un Medio Ambiente Sano como Derecho Humano: Su Protección en Contextos de Paz y de Conflictos Armados”, *Vox Juris* 2011, n. 21, pp. 131-152, esp. p. 134.

⁶ JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., *La protección del medioambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 28-32.

vaguarda de intereses personales individuales no da cabida al ejercicio de acciones que vayan más allá de una perspectiva unipersonal. En efecto, la causación de daños al medioambiente requiere de una respuesta efectiva por parte de los juzgados y tribunales, lo cual no puede garantizarse a través del ejercicio de acciones individuales. Y pese a ello, no encontramos ni a nivel nacional ni supranacional una regulación taxativa en la materia.

El objetivo del presente trabajo es, precisamente, poner de manifiesto las carencias del proceso civil español con respecto a la tutela colectiva del medioambiente, haciéndose hincapié en la falta de consonancia entre la realidad social y la legislativa. En efecto, la LEC comprende un articulado referente al ejercicio de acciones colectivas delimitado expresamente a la tutela de los intereses de consumidores o usuarios.

A lo largo del estudio proponemos las adaptaciones legislativas necesarias para construir un régimen de protección colectiva del entorno natural. Con este fin, partiremos de la consideración del medioambiente como interés difuso para abordar las principales instituciones procesales que resultan afectadas, cuales son la legitimación para el ejercicio de la acción colectiva, la competencia de los órganos jurisdiccionales para el conocimiento de esta tipología de procesos o la eficacia de las sentencias dictadas en los mismos.

II. EL MEDIOAMBIENTE COMO DERECHO DE NECESARIA PROTECCIÓN

La tutela del medioambiente precisa de un esfuerzo por dirigir la mirada extramuros de los intereses puramente individuales. Ciertamente, desde sus orígenes, nuestro ordenamiento jurídico ha tenido al sujeto físico individual por centro principal de atención, siendo que la salvaguarda de derechos e intereses que exceden el marco puramente individual ha requerido de un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial que solo parcialmente ha sido correspondido por el legislador.

El medioambiente es un bien jurídico digno de protección de conformidad con el artículo 45 de la Constitución Española, cuyo apartado primero determina que *“Todos tienen el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*. En el mismo sentido, cabe señalar el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, donde se consigna como objetivo común *“el desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente compe-*

titiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medioambiente". De esta suerte, no cabe sino concebir el cuidado del medioambiente, en opinión doctrinal mayoritaria, como un "derecho de tercera generación"⁷, esto es, basado en la solidaridad y cuya salvaguarda exige una cooperación social⁸. Así, esta tipología de derecho no ha de considerarse desde la perspectiva de una lesión singularizada, sino como una agresión a toda una colectividad derivada, en palabras de PÉREZ LUÑO, de una "contaminación de las libertades" y, por ende, de una afectación a derechos fundamentales ante los nuevos usos de la tecnología⁹.

Sin embargo, el reconocimiento de un medioambiente adecuado como derecho no es ni mucho menos pacífico, más cuando el artículo 53.3 del propio Texto Constitucional español parece rebajarlo a la categoría de principio rector del ordenamiento jurídico, dada la ubicación del reseñado artículo 45 en el Capítulo III del Título I. De optarse por esta consideración, la protección del entorno natural se limitaría a ser un mero instrumento para la protección de los intereses económicos, sociales y culturales, esto es, para los derechos de segunda generación¹⁰.

En cualquier caso, la conquista del Estado del bienestar debe pasar por la existencia de unas condiciones de vida óptimas, las cuales vienen determinadas no solo por la satisfacción de necesidades de corte meramente individual (como la alimentación o la vivienda), sino también por factores

⁷ Término acuñado a finales de los años 70 por Karel Vasak, entonces director del Departamento Jurídico de la UNESCO. VASAK, K., *Pour les droits de l'homme de la troisième génération*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 1979.

⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., "Estado constitucional y derechos de la tercera generación", *Anuario de Filosofía del Derecho* 1997, n. 14, pp. 545-570, esp. p. 564, donde se distingue entre derechos "de primera generación", propios del Estado Liberal y entendidos como aquellos correspondientes a libertades individuales; derechos "de segunda generación", donde se comprenden los derechos económicos, sociales y culturales, inherentes al Estado de Derecho; y derechos "de tercera generación", propios del Estado constitucional y contenedores de intereses dignos de protección colectiva. También en VERNET, J. y JARIA, J., "El derecho a un medioambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional", *Teoría y realidad constitucional* 2007, n. 20, pp. 513-533, esp. pp. 514-516.

⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., "Las generaciones de derechos humanos", *Revista da AGU, Brasília-DF* 2014, n. 42, pp. 39-74, esp. p. 44.

¹⁰ BUJOSA VADELL, L., "¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?", en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 17-48, esp. p. 21.

colectivos como el que aquí nos ocupa. Es así que existe una interdependencia entre los intereses individuales, económicos y sociales (recordemos, los dados en llamar derechos de primera y de segunda generación, respectivamente) y esta (cada vez menos) nueva tipología de derechos. Verdaderamente, un concepto amplio de libertad implica que el crecimiento individual y colectivo venga acompañado de un orden social indispensable tanto para la dignidad de la persona como para el libre desarrollo de su personalidad¹¹.

Sobre este particular, ha sido la jurisprudencia la que ha antepuesto la necesidad social a la literalidad normativa. Así, en el plano supranacional, ha de destacarse el pronunciamiento del TEDH en el asunto *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, donde se reconoce la interdependencia entre la protección de intereses medioambientales y el efectivo disfrute por parte de la actora del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada familiar¹². O también, en el mismo sentido y con carácter más reciente, el asunto *Solyanik c. Rusia*, de 10 mayo 2022¹³, o el asunto *Locasia y otros c. Italia*, de 19 de octubre de 2023¹⁴, en los que el TEDH vincula de nuevo el derecho al domicilio con la adecuada gestión del cuidado del medioambiente por las autoridades locales. Por cuanto se refiere a la jurisprudencia nacional, puede aludirse a la STSJ Islas Baleares, de 11 de diciembre de 2001, donde se señala que “*habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. (...) En determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio*”¹⁵.

¹¹ FRANCO DEL POZO, M., “El derecho a un medio ambiente adecuado”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* 2000, n. 8, pp. 1-86, esp. pp. 13-14.

¹² STEDH de 9 de diciembre de 1994, asunto *López Ostra c. España*, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001679890, paras. 47 y ss. En especial para. 51: “*Los daños graves al medioambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de tal modo que su vida privada y familiar se vea perjudicada, sin por ello poner en grave peligro la salud de la interesada*”.

¹³ STEDH de 10 de mayo de 2022, asunto *Solyanik c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2022:0510JUD004798715, para. 41.

¹⁴ STEDH de 19 de octubre de 2023, asunto *Locasia y otros c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2023:1019JUD003564810, para. 123.

¹⁵ STSJ Islas Baleares 1184/2001, de 11 de diciembre, ECLI:ES:TSJBAL:2001:1732, FJ Segundo.

En las últimas décadas, la preocupación y toma de conciencia en torno a la relación del ciudadano con el medioambiente viene siendo una constante. Baste con remitirnos a casos notorios como el hundimiento del Prestige, el asunto Volkswagen, la desaparición de zonas húmedas en Doñana, los vertidos en el Mar Menor o el vertido de pellets en las costas cántabras, para encontrar ejemplos de cómo el desarrollo social, económico y tecnológico lleva aparejado un más que evidente riesgo de deterioro del hábitat humano¹⁶. Pues bien, el amparo de nuestro entorno natural reclama, junto con la adopción de medidas para evitar desastres climáticos como los mencionados, el establecimiento de mecanismos para demandar la comisión de prácticas consumadas o en vías de consumación. Es en este punto donde la tutela jurisdiccional ocupa un papel protagonista.

El progresivo abandono del individualismo en el ejercicio de acciones judiciales y la correlativa interrelación entre los seres humanos, presenta consecuencias para nada desdeñables en el plano jurídico. Y es que, ciertamente, se alude ya al surgimiento de la humanidad como nuevo sujeto de derechos, entendiéndose esta desde una perspectiva amplia, en el sentido de incluir tanto a las generaciones presentes como a las futuras¹⁷.

Empero, como ha ocurrido en otras ocasiones, los esfuerzos legislativos no han sido consonantes con esta nueva realidad, siendo que desde la doctrina y la jurisprudencia se llevan a cabo labores de “acomodo” de la norma procesal a la existencia de un bien jurídico no contemplado por los conceptos y figuras jurídicas vigentes. Recurre en este sentido BUJOSA VADELL al “principio de precaución” como faro que debe guiar la tutela de los bienes ambientales, de forma tal que los órganos jurisdiccionales ejerciten

¹⁶ Así se manifiesta el Tribunal Constitucional en la STC 199/1996, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TC:1996:199, FJ Segundo: “*Es igualmente obvio que el derecho a un medio ambiente adecuado reviste una singular importancia, acrecentada en la sociedad industrializada y urbanizada de nuestros días*”.

¹⁷ BELLVER CAPELLA, V., “El futuro del derecho al ambiente”, *Humana Iura. Suplemento de derechos humanos (Persona y derecho)*, 1996, n. 6, pp. 37-61, esp. p. 40. Así se ha pronunciado también el TEDH en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, de 9 de abril de 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020, para. 420: “*Si bien las obligaciones jurídicas que surgen para los Estados en virtud de la Convención se extienden a las personas actualmente vivas que, en un momento dado, se encuentran dentro de la jurisdicción de una Parte Contratante determinada, es evidente que es probable que las generaciones futuras soporten una carga cada vez más severa de las consecuencias de los fracasos y omisiones actuales en la lucha contra el cambio climático y que, al mismo tiempo, no tienen posibilidad de participar en los procesos actuales de adopción de decisiones pertinentes*”.

sus competencias constitucionales para salvaguardar el contenido básico del derecho¹⁸.

Tratándose de un bien colectivo y no público en el sentido estricto del término, en cuanto que no son propios de la Administración Pública, la protección del medioambiente no debe reconducirse exclusivamente a la esfera de actuación de los órganos administrativos, sino que debe permitirse a la sociedad, entendida como una comunidad de sujetos titular del derecho, el acceso a la justicia¹⁹.

III. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: EL MEDIOAMBIENTE COMO INTERÉS DIFUSO

La tutela del medioambiente a través del proceso civil supone la consideración de este como un interés jurídico digno de protección. No en vano, el ordenamiento solo dirige sus esfuerzos tuitivos hacia todo aquel derecho subjetivo entendido como interés jurídicamente protegido²⁰, esto es, siguiendo a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, aquel “*considerado por la norma como jurídicamente relevante y al que esta brinda su protección, por considerar que se adentra en el orbe de lo jurídico y es digno de tutela jurídica*”²¹. De esta suerte, ha de concretarse si tal interés legítimo se refiere en exclusividad a derechos subjetivos individuales o si, en adición, cabe igualmente considerar su extensión a derechos de titularidad social. Nos servimos a estos efectos de las palabras de BUJOSA VADELL, para quien la relevancia colectiva de situaciones jurídicas de ventaja no empece el uso de la vía procesal como forma de protección²². Es más, la tutela procesal de estos intereses posibilita la protección de derechos que, de delimitarse

¹⁸ BUJOSA VADELL, L., “Daños ambientales: problemas procesales”, en L. Bujosa Vadedell, F. Bueno de Mata (dirs.), I. González Pulido y W. Reifarth Muñoz (coords.), *Daños ambientales y tecnologías digitales: los drones en la investigación y enjuiciamiento de delitos de incendio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-49, esp. pp. 30-31.

¹⁹ *Ibidem* p. 37.

²⁰ BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 28-29: “*el interés jurídico, o interés jurídicamente protegido, surge de la relación de la norma jurídica con el individuo que realiza la valoración acerca de la utilidad de un determinado bien, entendido en sentido amplio, para satisfacer la necesidad de este individuo*”.

²¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 46.

²² BUJOSA VADELL, L., *Procesos colectivos*, Palestra, Lima, 2023, p. 27.

el ejercicio de acciones a la actuación individual, quedarían jurídicamente desamparados²³.

Sentadas estas premisas, nos encontramos ante el interrogante de cuál es la verdadera naturaleza del derecho a un medioambiente adecuado. Siendo que desde la doctrina se ofrecen distintos criterios de clasificación, debe dedicarse unas líneas a precisar terminológicamente los tipos de intereses susceptibles de tutela.

Comenzando por los “intereses individuales”, estos se caracterizan por la relación directa entre el titular del derecho y el objeto de este, de forma tal que solo el individuo ostenta legitimación para hacer valer su posición jurídica privada. Nos encontraríamos, por lo tanto, en el ámbito del artículo 10 LEC, cuando quien ejerce la acción es titular de la situación jurídica concreta²⁴.

La suma de intereses individuales da como resultado la existencia de intereses plurales, concebidos como “intereses individuales homogéneos”. Para PLANCHADELL GARGALLO, estos se definen como aquellos de titularidad individual “*pero que por tener un origen común pueden ser objeto, también, de un tratamiento común, particularmente si tenemos en cuenta que los individuos afectados en sus derechos individuales por ese mismo hecho común pueden ser muchos, haciendo inviable y poco rentable la litigación individual*”²⁵. ARMENTA DEU, por su parte, se refiere a esta tipología de derechos como “intereses pluriindividuales”, conceptuándolos como “*aquellos relativos a derechos subjetivos cuya titularidad recae sobre cada*

²³ En el mismo sentido, pronunciamientos de órganos jurisdiccionales como el Auto AP Madrid 164/2004, de 11 de marzo, donde se establece que “*La defensa de intereses colectivos trasciende de la tradicional concepción del proceso civil como medio de resolución del conflicto de intereses particulares o privados, proyectándose en el derecho procesal y sustantivo como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación, tanto en el plano de demandantes como, en su caso, de demandados, y que, por tanto, precisa de una regulación especial como tales acciones colectivas, en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole, que afectan a los sujetos intervinientes*”, AAP Madrid 164/2004, de 11 de marzo, ECLI:ES:APM:2004:2064A, FJ SEGUNDO.

²⁴ ARMENTA DEU, T., “La legitimación en las acciones colectivas”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 103-148, esp. p. 105.

²⁵ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 27.

uno de los sujetos afectados y que admiten asimismo un tratamiento colectivo, no por dicha titularidad, sino debido a la magnitud de los afectados o al carácter de la infracción”²⁶. Se trata, en suma, de intereses que podrían ser perfectamente tutelados a través del ejercicio de acciones por cada uno de los titulares de la relación jurídica, pero en los que la cantidad de sujetos afectados condiciona la efectividad de los procesos individuales, tanto desde el punto de vista de la economicidad procesal como de la posible confluencia de pronunciamientos contradictorios ante mismos supuestos. Como principal consecuencia procesal, precisa ORTELLS RAMOS que los efectos de la sentencia alcanzarán a todos los afectados que participan de la titularidad de los intereses litigiosos, si bien los titulares de estos intereses individuales homogéneos pueden pretender su tutela en demanda individual sin que sobre ellos recaiga efecto de cosa juzgada²⁷.

Distintos de los anteriores son los “intereses supraindividuales”, caracterizados por su titularidad por parte de una colectividad o grupo social²⁸. A diferencia de los intereses pluriindividuales, no cabe hablar ya de un cúmulo de intereses subjetivos susceptibles de protección conjunta, sino de derechos para cuya defensa se legitima a todos los afectados como una unidad, a través de asociaciones o grupos que, sin ser titulares de derecho alguno ni actuar en representación, ostentan una legitimación extraordinaria²⁹.

Los “intereses supraindividuales” no deben confundirse con los “intereses generales”³⁰, pues mientras que los primeros se refieren a una determinada colectividad social, los segundos tienen por titulares a toda la ciudadanía³¹. Así, los intereses supraindividuales exigen para su defensa la alegación de un daño específico, no así para los generales, cuyo objeto es

²⁶ ARMENTA DEU, T., “La legitimación en las acciones colectivas”, op. cit. p. 107.

²⁷ ORTELLS RAMOS, M., “Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las Administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección”, *Revista Ius et Praxis* 2011, n. 2, pp. 419-482, esp. p. 440.

²⁸ BACHMAIER WINTER, L., “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”, en M. A. Avila Ordóñez y M. B. Corredores Ledesma, *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, Quito, 2009, pp. 303-349, esp. 309.

²⁹ ARMENTA DEU, T., “La legitimación en las acciones colectivas”, op. cit. p. 107.

³⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. “Acciones colectivas: pretensiones y legitimación”, en T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 17-60, esp. p. 26.

³¹ COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 21.

la tutela de la legalidad. Como señala ARMENTA DEU, “*del interés supra-individual emana la existencia de situaciones (protegidas y legitimantes) atribuibles a particulares*”. Mientras que “*el interés general solo legitima en aquellos supuestos de la actuación administrativa en que está expresamente reconocida la acción popular*”³².

Siguiendo la clasificación que, como veremos, emana de la LEC en su regulación atinente a los derechos de los consumidores y usuarios, la doctrina distingue un subcriterio en el seno de los intereses supraindividuales, cual es la diferenciación entre “intereses colectivos” e “intereses difusos”³³. Si bien el término de “interés colectivo” se contempla en no pocos textos legales y doctrinales como un concepto genérico para referirse a cualquier derecho de titularidad no estrictamente individual, abogamos en el presente trabajo por la precisión que ofrecen autores como MONTERO AROCA o PLANCHADELL GARGALLO, para quien la diferencia entre las referidas expresiones estriba en la posibilidad o no de determinar los integrantes del colectivo cuyos derechos se ven vulnerados. De este modo, los intereses colectivos comprenden aquellos cuya titularidad es atribuible a un grupo de persona determinado o determinable, entre las que existe un nexo jurídico consistente en verse afectados por un mismo hecho dañoso; por su parte, la noción de intereses difusos queda reservada a los supuestos en los que los integrantes del grupo de afectados no son determinables y cuya afectación deriva de un hecho casual o contingente³⁴.

³² ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 34.

³³ Así entre los pioneros, GÓMEZ DE LIAÑO, J., “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 1983, n. 3, pp. 549-576, esp. pp. 564 y ss.

³⁴ MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 65 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, op. cit. p. 32; también es el caso de GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (Algunas consideraciones a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 2011 n. 6, pp. 51-73, esp. p. 54.

Para otros autores, sin embargo, el recurso al carácter determinable o indeterminable de los miembros del grupo como criterio de distinción entre intereses colectivos y difusos no es suficiente. Ciertamente, la internacionalización de las actividades económicas, mercantiles o sociales, deriva en la aparición de nuevo fenómeno de “daños masivos”, respecto de los cuales, la efectiva protección procesal exige el reconocimiento de

Tras esta delimitación conceptual, ¿en qué categoría enmarcamos el derecho a un medioambiente adecuado? Lógicamente, en primer lugar, cabría su consideración como interés individual en la medida en que su afectación dé lugar a un daño concreto. A modo de ejemplo, podría ser el caso de la pérdida de una vivienda con ocasión de un incendio o la pérdida de parte del ganado por la contaminación del subsuelo. Igualmente, en segundo lugar, es posible su incardinación como interés pluriindividual, cuando los daños anteriores se den en una multiplicidad de sujetos³⁵.

Ello no obstante, la afectación al medioambiente es, con carácter general, perteneciente a la categoría de intereses supraindividuales y, dentro de estos, a la de intereses difusos. Y es que, situaciones como la contaminación ambiental, los vertidos a los mares y océanos o, ampliamente, cualesquiera actividades que contribuyan al cambio climático, no son susceptibles de identificación individual por cuanto se refiere a los posibles damnificados. En tal sentido, resulta digno de mención el pronunciamiento del TEDH en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, de 9 de abril de 2024, donde se ofrece una distinción entre la “jurisprudencia ambiental clásica”, referente a daños concretos en el entorno natural susceptibles de individualización tanto desde el punto de vista de quienes los causan como de quienes los padecen, y los nuevos asuntos referentes al más amplio término del cambio climático, “*que no se refieren a cuestiones ambientales locales de origen único, sino a un problema mundial más complejo*”³⁶.

Es en este punto donde cobra especial importancia la posibilidad de defensa conjunta del medioambiente a través de los denominados “procesos colectivos”, entendidos como el conjunto de normas procesales que tienen por finalidad la facilitación del acceso a la justicia de una serie de situaciones subjetivas de ventaja que exceden la tradicional posición individual³⁷. Veremos, sin embargo, que el ordenamiento jurídico procesal español no

una titularidad ostentada por el colectivo. COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, op. cit. pp. 24-25.

³⁵ MONTERO AROCA, J., “Acciones judiciales en materia de medio ambiente en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana - VI Conferencias sobre el Medio Ambiente: Acciones para la preservación del medio ambiente 2003*, pp. 1-14, esp. pp. 8-9.

³⁶ STEDH asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, de 9 de abril de 2024, op. cit. para. 424.

³⁷ BUJOSA VADELL, L., *Procesos colectivos*, op. cit. pp. 22-23; del mismo autor, “Justicia e intereses colectivos: a vueltas con la protección procesal frente a cláusulas abusivas”, en S. Barona Vilar (coord.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos*

prevé la inclusión de la defensa del medioambiente en su regulación acerca de los procesos colectivos.

IV. LEGITIMACIÓN PARA LA TUTELA COLECTIVA DEL MEDIOAMBIENTE

1. LA LEGITIMACIÓN ANTE PROCESOS COLECTIVOS. OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

Como acontece en todo proceso colectivo, la legitimación para el ejercicio de cualesquiera acciones de cesación y/o de reparación para la protección del medioambiente es, sin atisbo de duda, la institución procesal que suscita mayor problemática a la hora de configurar un posible modelo. No en vano, su concreción estará estrechamente vinculada con el ulterior efecto de la sentencia y, por ende, con la tipología de interés ante cuya protección nos encontremos.

Si dirigimos la mirada al ordenamiento jurídico español vigente, será fácil constatar la inexistencia de previsiones legislativas referentes a la tutela colectiva del entorno natural, reconduciéndose la regulación de los procesos colectivos a los supuestos de afectación a intereses de consumidores y usuarios en virtud del artículo 11 LEC. Por consiguiente, el planteamiento de un sistema de protección del medioambiente a través del proceso civil pasará irremediabilmente por la extrapolación del tenor del indicado precepto, claro está con las adaptaciones necesarias a la naturaleza del bien jurídico tutelado.

De entre los posibles sistemas de reconocimiento de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas, el legislador español ha optado por atribuir esta facultad a sujetos legalmente definidos como adecuados representantes, cuales son las asociaciones para la defensa de consumidores y usuarios. Queda así descartado el modelo norteamericano de las *class actions*, en cuya virtud, cualquiera de los sujetos individualmente afectados por el hecho dañoso puede interponer demanda en nombre y representación del conjunto de personas que se encuentran en su misma situación³⁸, sin que

conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 93-118, esp. p. 95.

³⁸ De entre la doctrina especializada destacamos, ante la imposibilidad de abordar en el presente trabajo un estudio del modelo estadounidense, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011,

tal representación se haya constituido en modo alguno a efectos del proceso³⁹. En estos casos, la legitimación obedecerá a los requisitos de admisibilidad de la acción comprendidos en la *Rule 23* de las Normas Federales del Proceso Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*) y que, en cada supuesto, analice el órgano judicial (*certification*)⁴⁰.

Tampoco ha seguido la norma española el sistema de Italia, donde respecto de la acción individual propia de las *class actions* se distinguen dos posibilidades: a) legitimación del individuo en cuanto que consumidor individualmente afectado, en situación idéntica a otros usuarios que integran un grupo de afectados; b) legitimación del individuo a través de una asociación por medio de mandato⁴¹. Ello viene acompañado de la atribución de legitimación a asociaciones y entidades que cumplan con los requisitos del artículo 137.2 del *Codice di Consumo*⁴², referentes a la constitución de la asociación con anterioridad en el tiempo al proceso colectivo, así como a su dotación de estatutos y llevanza de registro de inscritos⁴³.

pp. 82 y ss.; JIMENO BULNES, M., “Nuevas perspectivas sobre la legitimación colectiva: el modelo social anglosajón”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 2000, n. 3, pp. 537-570, esp. pp. 550-560; COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, op. cit. pp. 112-131; GLENN, K. P. “The dilemma of class action reform”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1986, Vol. 6, n. 2, pp. 262-274; HENSLER, D. R., “The Globalization of Class Actions: An Overview”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, Vol. 622, n. 1, pp. 7-29; SILGUERO ESTAGNAN, J., “Las *class actions* en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 1995, n. 1, pp. 5-50; BUJOSA VADELL, L., “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 1994, n. 1, pp. 67-124; RABIEJ, J. K., “The making of Class Action Rule 23. What were we thinking?”, *Mississippi College Law Review* 2005, vol. 24, n. 2, pp. 323-392.

³⁹ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, op. cit. p. 264.

⁴⁰ CAMPBELL, A. P., “Class Actions: A Primer”, *American Journal of Trial Advocacy* 1996, vol 20, n. 2, pp. 305-330, esp. pp. 306-311.

⁴¹ Ello en virtud de la Ley 12 de abril de 2019, n. 31, de Introducción del título VIII-bis del libro cuarto

^del Código de Procedimiento Civil, sobre acciones colectivas, cuyo artículo 1 modifica el artículo 840 bis del Código de Procedimiento Civil, visto en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2019-04-12;31> (última consulta: 16 de octubre de 2024).

⁴² Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, n. 206, visto en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-09-06;206!vig=> (última consulta: 16 de octubre de 2024).

⁴³ CAPONI, R., “Litisconsorzio «aggregato» L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori”, *Rivista Trimestrale di Diritto E Procedura Civile* 2008, vol. III, pp. 819-

En España, como hemos avanzado, la LEC se decanta por conceder legitimación a “sujetos colectivos” consistentes en entidades habilitadas *ex ante*, ya sea legal o administrativamente, no comprendiéndose, por el contrario, una legitimación individual para el ejercicio de la tutela colectiva. Una revisión del artículo 11 de la norma nos permite constatar la concurrencia de distintas legitimaciones en función de la posibilidad de concreción o no de los sujetos que integran la colectividad. Así, cuando los consumidores o usuarios afectados por el hecho dañoso sean determinados o determinables, estarán legitimadas para la defensa de sus intereses colectivos las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades legalmente constituidas al objeto de su protección o los grupos de afectados; por su parte, cuando los miembros del colectivo perjudicado no sean susceptibles de determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a asociaciones de consumidores representativas⁴⁴.

2. REFLEXIONES EN TORNO A LA LEGITIMACIÓN PARA LA TUTELA COLECTIVA DEL MEDIOAMBIENTE

Cualquier modelo de tutela colectiva del medioambiente encontrará, como escollo inicial, el planteamiento de quién puede ostentar la legitimación activa en esta tipología de procesos. Y es que, la determinación de quién puede promover el ejercicio de la acción es clara cuando el proceso civil se refiere a intereses individuales, en la medida en que resulta evidente quién es el titular de la relación jurídico-material. No ocurre así cuando nos encontramos ante supuestos de protección de intereses supraindividuales, más si cabe cuando dentro de estos hablamos de intereses difusos como el que aquí nos ocupa.

La interrelación entre el derecho difuso a un medioambiente adecuado y la posibilidad de promover la acción de la justicia civil precisa de un amoldamiento de la tradicional institución jurídica de la legitimación. Si bien esta ya ha sido sometida a adaptaciones para dotar de legitimación colectiva en los supuestos comprendidos en los artículos 11 a 11 *quarter* LEC, lo cierto es que, tanto en los conflictos atinentes a derechos de los consumidores y usuarios como en los correspondientes a situaciones de discriminación

852, esp. p. 11; DONZELLI, R., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene Editore, Nápoles, 2011, esp. p. 162.

⁴⁴ Vid. apartados 2 y 3 art. 11 LEC.

o afectación a los intereses de los trabajadores de la cultura, es factible constatar la existencia de un interés privado susceptible de ser tutelado. Con independencia de que nos encontremos ante intereses difusos, la indeterminación del grupo de sujetos afectado no obstaculiza el ejercicio mental de entender que, en el fondo, lo que se han vulnerado son derechos de consumidores o de sujetos individuales. Cuestión distinta es que, en la materialización de su protección, la no determinación de los miembros del colectivo afectado conlleve que la acción de la justicia sea más eficaz con la actuación de asociaciones representativas.

Sin embargo, en el caso de los derechos ambientales y al margen de los supuestos de causación de daños a sujetos concretos (en los que nos encontraríamos ante intereses individuales y, por consiguiente, ante una legitimación ordinaria⁴⁵), no cabe apreciar en sentido estricto intereses individuales poseídos por sujetos de manera exclusiva. Cuando se contamina un río como consecuencia de vertidos industriales, ¿qué sujeto puede ser considerado como titular de la relación jurídico material? ¿No sería más bien la sociedad en su conjunto la afectada? La construcción de un concepto amplio de legitimación se torna así en fundamental.

En esta línea cabe aludir al planteamiento dado en Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada en el seno de la ONU el 28 de octubre de 1982. En ella se indica que *“Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando este haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización”*⁴⁶. Es cierto que del texto transcrito se deduce que la legitimación para el ejercicio de acciones se limita a los sujetos que pretendan obtener una legitimación, de lo que no cabe sino inferir una visión todavía individualista de los fines del

⁴⁵ En estos casos, es criterio del TEDH que no se considera suficiente *“que el demandante se queje de un daño general al medio ambiente. Según la jurisprudencia del Tribunal en este contexto, para reclamar la condición de víctima, el demandante debe demostrar que se ve afectado por el daño o riesgo medioambiental denunciado. Los criterios en los que se ha basado el Tribunal para establecer la condición de víctima incluyen, sobre todo, cuestiones como el nivel mínimo de gravedad del daño en cuestión, su duración y la existencia de un vínculo suficiente con el solicitante o los solicitantes, incluida, en algunos casos, la proximidad geográfica entre el solicitante y el daño ambiental impugnado”*, STEDH asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, de 9 de abril de 2024, op. cit. para 472.

⁴⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 37/7, de 28 de octubre de 1982.

proceso civil⁴⁷. Empero, se atisba ya una apertura a la consideración de la colectividad como titular del derecho.

En el ámbito europeo, el hito significativo en esta tendencia lo constituye el Convenio de Aarhus de 1998⁴⁸, conforme al cual, los Estados firmantes quedan compelidos a facilitar a sus ciudadanos el acceso a la justicia ante incumplimientos de la legislación medioambiental, dejando a discrecionalidad de los legisladores internos la configuración de sus propios sistemas de tutela colectiva, bien sea civil, administrativa o penal⁴⁹.

En el ordenamiento español, se optó por la vía administrativa para dar forma al cumplimiento de tal obligación, teniendo lugar en tal sentido la aprobación de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a

⁴⁷ Planteamiento que se reproduce, en la esfera del TEDH, en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, de 9 de abril de 2024, op. cit. En esta sentencia se aduce la inexistencia de una “acción popular” para la tutela del medioambiente, de forma tal que es necesaria la constatación de la condición de víctima por parte de las asociaciones u organizaciones que pretendan demandar ante los tribunales por cuestiones climáticas. “Una persona, una organización no gubernamental o un grupo de individuos debe poder alegar ser víctima de una violación de los derechos establecidos en el Convenio. El Convenio no permite que individuos o grupos de individuos se quejen de una disposición de derecho nacional simplemente porque consideren, sin haber sido afectados directamente por ella, que puede contravenir el Convenio” (para. 460). Teniendo en cuenta las características especiales del cambio climático, “al determinar los criterios para la condición de víctima —que se basa en la existencia de un riesgo real de un “impacto directo” sobre el solicitante— el Tribunal se basará en criterios distintivos como un nivel particular y la gravedad del riesgo de consecuencias adversas del cambio climático que afecten al individuo o individuos en cuestión, teniendo en cuenta la naturaleza apremiante de su necesidad de protección individual” (para. 486). Empero, el TEDH reconoce en la propia resolución la legitimación de las asociaciones, al señalar que: “Las consideraciones específicas relativas al cambio climático inclinan a favor de reconocer la posibilidad de que las asociaciones, sujetas a ciertas condiciones, tengan legitimación activa ante la Corte en calidad de representantes de las personas cuyos derechos se ven o se verán supuestamente afectados. En efecto, (...) es posible que una asociación tenga legitimación activa ante la Corte a pesar del hecho de que no pueda alegar por sí misma ser víctima de una violación de la Convención” (para. 498).

⁴⁸ Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998, DOUE L 124, de 17 de mayo de 2005, pp. 4-20.

⁴⁹ Se incide por lo demás en que “Lo que constituye interés suficiente y lesión de un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo de conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio” (artículo 9 Convenio de Aarhus).

la justicia en materia de medio ambiente⁵⁰. En ella se destinan los artículos 22 y 23 a la regulación de una dada en llamar “Acción popular en asuntos medioambientales”, en cuya virtud, los actos y las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medioambiente podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan con los siguientes requisitos de legitimación:

- i. Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.
- ii. Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
- iii. Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

Por su parte, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental⁵¹ también reconoce la posibilidad de que ciertas asociaciones puedan interponer recursos administrativos ante acciones u omisiones de las autoridades públicas contraventoras de la legislación medioambiental, reputándose como asociaciones legitimadas quienes cumplan con los mismos requisitos que los establecidos en la Ley 27/2006 (artículo 42).

Pese a estos esfuerzos normativos, ambas leyes presentan una serie de limitaciones que imposibilitan hablar de una verdadera tutela colectiva. En primer lugar, en los dos casos se trata de normas administrativas, por lo que su efectividad queda reconducida a los daños medioambientales causados en exclusiva en la esfera de las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones Públicas⁵². En segundo lugar, la Ley 27/2006 se limita a los daños relacionados con su propio contenido, esto es, a los referentes a los derechos de información y participación, pero no a cualesquiera daños medioambientales. En tercer lugar, queda excluida la posibilidad de indemnización de cualquier tipo a particulares, al señalar la Ley 26/2007 que “*Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las perso-*

⁵⁰ BOE n. 171, de 18 de julio de 2006, pp. 27109-27123.

⁵¹ BOE n. 255, de 24 de octubre de 2007, pp. 43229-43250.

⁵² RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. “El acceso a la Justicia Ambiental a nivel comunitario en España veinte años después del Convenio de Aarhus”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 2018, Vol. 9, n. 1, pp. 1-53, esp. p. 17.

nas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación” (artículo 5)⁵³.

Tampoco la legislación latinoamericana, que se presenta como pionera en la pretendida salvaguarda del medioambiente, ofrece solución a estas cuestiones. En el caso de Chile, la Ley 20600, de 18 de junio de 2012, por la que se crean los Tribunales Ambientales⁵⁴, señala en el artículo 18.2 que para la interposición de demandas que tengan por pretensión obtener una reparación del medioambiente dañado, estarán legitimadas las personas físicas o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado⁵⁵. Vemos, por lo tanto, que el legislador chileno no legitima a las asociaciones u organizaciones sin ánimo de lucro meramente ambientales⁵⁶, sino que esta suerte de acción de cesación colectiva queda única y exclusivamente en manos de las propias administraciones públicas. Por su parte, las personas físicas o jurídicas podrán demandar, de conformidad con el tenor literal del precepto, cuando sean titulares de la relación jurídica, esto es, cuando sobre ellas se haya materializado el hecho dañoso. Ello entra en contraposición con la tipología de acciones a ejercitar permitida por la Ley 20600, habida cuenta de que en la misma tan solo se permite el ejercicio de acciones de cesación, pero no la solicitud de indemnización particular por los daños sufridos. La persona in-

⁵³ DE LUIS GARCÍA, E., “La tutela colectiva del medioambiente”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 345-358, esp. pp. 349-352.

⁵⁴ Vid. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361> (último acceso: 1 de octubre de 2024).

⁵⁵ Ello en consonancia con el artículo 54 de la Ley 19300, de 1 de marzo de 1994, por la que se aprueba la Ley sobre bases generales del medio ambiente, cuyo artículo 54 legitima a “*las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado*”. Vid. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667> (último acceso: 1 de octubre de 2024).

⁵⁶ RUIQUELME SALAZAR, C., “Los Tribunales ambientales en Chile ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 2013, Vol. 4, n. 1, pp. 1-43, esp. p. 34.

dividual, física o jurídica, que demande lo hará, por lo tanto, para solicitar de la administración que impida al demandado la continuación del acto u omisión que, dañando al medioambiente, le cause un perjuicio directo; pero la solicitud de indemnizaciones quedará reconducida a la vía civil ordinaria⁵⁷.

Más concisa y coincidente con la legislación española se presenta en México la Ley Federal de Responsabilidad ambiental, de 7 de junio de 2013⁵⁸, donde se legitima para ejercer acción y demandar judicialmente la responsabilidad ambiental, la reparación y compensación de los daños ocasionados al ambiente a: i) Las personas físicas habitantes de la comunidad adyacente al daño ocasionado al ambiente; ii) Las personas jurídicas privadas, sin fines de lucro, cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, o de alguno de sus elementos, cuando actúen en representación de algún habitante de las comunidades previstas en el apartado primero y cuando acrediten que fueron legalmente constituidas por lo menos tres años antes de la presentación de la demanda por daño ocasionado al ambiente; iii) La Federación a través de la procuraduría; y iv) Las Procuradurías o instituciones que ejerzan funciones de protección ambiental. Las asociaciones defensoras del medioambiente tendrían cabida, así, en el ordinal segundo, ahora bien, no para la defensa de intereses difusos, sino como representación de sujetos individuales residentes en el lugar de causación del daño, esto es, que presentan un interés colectivo.

Con todo, partiendo de la normativa nacional y extranjera descrita y de las barreras enunciadas, defendemos la conveniencia de formular un verdadero modelo de tutela colectiva en la esfera de la LEC⁵⁹. Ello por cuanto que se precisa de una opción que no deje fuera los daños medioambientales causados por operadores privados, lo que nos llevaría a la posibilidad de

⁵⁷ Vid. al respecto el artículo 33 Ley 20600: “*En la demanda sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente*”. Igualmente, la Ley 19300 en su artículo 53: “*Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado*”.

⁵⁸ Vid. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA_200521.pdf (último acceso: 1 de octubre de 2024).

⁵⁹ De manera similar a como en México el Libro Quinto del Código Federal de Procedimiento Civiles, se ocupa de regular los procesos colectivos. Vid. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFPC.pdf> (último acceso: 15 de octubre de 2024). Sobre el particular, TREJO ORDUÑA, J. J., *Acciones colectivas y protección al medio ambiente*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales: Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Ciudad de México, 2018, pp. 211 y ss.

permitir el ejercicio de acciones referidas a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC.

La Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca⁶⁰, ejemplo paradigmático de norma aprobada en materia medioambiental a través del reconocimiento de la personalidad jurídica de un ecosistema, dota de legitimación para la tutela jurídica de sus derechos a cualquier persona física o jurídica, que podrá ejercitar la acción judicial en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada (artículo 6). No establece, como se ve, condicionamiento alguno respecto de las personas jurídicas. A nuestro juicio, sin embargo, la Ley ofrece una ambigüedad excesiva.

Somos de la opinión de que, en el eventual modelo de tutela colectiva del medioambiente, debiera contemplarse la legitimación de los grupos o asociaciones que tengan por finalidad la defensa del medioambiente, para lo cual estimamos adecuados los criterios previstos en la Ley 27/2006 y la Ley 26/2007. Ello en el caso de la consideración del derecho a un medioambiente adecuado como interés difuso, sin que se excluya la legitimación individual en los supuestos en los que el incumplimiento de la legislación medioambiental derive en daños a sujetos individualizables. Abogamos, en suma, por un esquema similar al del artículo 11.3 LEC, de forma tal que para la protección del interés difuso en que consiste el medioambiente adecuado, se legitimará a las asociaciones que tengan por finalidad la defensa del entorno natural y que sean representativas, tomando como referencia para el cumplimiento de tal requisito los aludidos criterios de la normativa administrativa.

En consonancia con lo anterior, por cuanto se refiere a las posibles acciones a ejercitar, sostenemos que, junto con la acción de cesación, se contemple igualmente la acción de reparación. En efecto, en materia medioambiental, la prohibición de conductas se convierte en el objetivo prioritario, de forma tal que la protección no pasa solo por la sanción a los causantes del daño, sino también por la reparación del entorno natural y la cesación de conductas contrarias al mismo⁶¹. Así, se descarta también la idea de una tutela meramente penal, la cual tendría por finalidad la sanción de la conducta antijurídica y, en cierto modo, la indemnización a los particulares

⁶⁰ BOE n. 237, de 3 de octubre de 2022, pp. 135131-135135.

⁶¹ MONTERO AROCA, J., “Acciones judiciales en materia de medio ambiente en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, op. cit. pp. 12-13.

afectados, pero no tanto la adopción de medidas para la reparación del daño medioambiental causado⁶².

V. COMPETENCIA EN MATERIA DE PROCESOS COLECTIVOS DE TUTELA DEL MEDIOAMBIENTE

Otra de las instituciones procesales que más problemática puede suscitar a la hora de configurar un modelo de tutela colectiva del medioambiente es la correspondiente a la competencia objetiva y territorial de los órganos judiciales.

La atribución de competencia objetiva a los Juzgados de 1^a Instancia pudiera parecer *a priori* pacífica, habida cuenta el carácter de órganos residuales de los mismos a la luz del artículo 45 LEC y del propio orden jurisdiccional civil según el artículo 9.2 LOPJ. Empero, consideramos oportuno acudir a la regla de la especialización del artículo 46 LEC, de forma tal que se dote de competencia exclusiva y excluyente a determinados órganos de esta instancia para el conocimiento de los procesos colectivos en materia medioambiental.

Indudablemente, ante una materia tan compleja como lo son los procesos colectivos, y más aún en el caso de tutela de un interés difuso como el medioambiente, que tiene por perjudicada a la sociedad en su conjunto, la formación específica de los integrantes de los Juzgados de 1^a Instancia se tornará en imprescindible para la eficacia de la tutela jurídica⁶³. A mayores, estimamos pertinente la opción por Juzgados permanentes, de manera similar a la especialización funcional otorgada en procesos de familia, no recurriendo por tanto a fórmulas temporales como la dada, en materia de condiciones generales de la contratación, por el Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ⁶⁴. Los litigios en materia de protección del medioambiente tienen visos de crecimiento en número y complejidad en las próximas décadas, no pudiendo considerarse como una preocupación social meramente pasajera. Es así que abogamos no por la

⁶² YUGUEROS PRIETO, N., *Acceso a la justicia y legitimación medioambiental en el proceso español: vertiente teórico-práctica*, Colex, A Coruña, 2023, p. 209.

⁶³ YUGUEROS PRIETO, N., *Acceso a la justicia y legitimación medioambiental en el proceso español: vertiente teórico-práctica*, op. cit. p. 199.

⁶⁴ Especialización que en materia medioambiental no sería en absoluto novedosa por cuanto se refiere a la preocupación institucional por la materia, como lo ponen de manifiesto el Servicio de Protección a la Naturaleza (SEPRONA) o la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo.

especialización de juzgados ya existentes, sino por la creación de nuevos juzgados especializados⁶⁵.

En este sentido, son ejemplos paradigmáticos algunos de los ordenamientos latinoamericanos a los que venimos aludiendo, los cuales se presentan como avanzadilla por cuanto a la protección medioambiental y la exigencia de responsabilidades se refiere. Es el caso de la legislación chilena, donde debe mencionarse la Ley 20600, de 18 de junio de 2012, por la que se crean los Tribunales Ambientales, los cuales, siguiendo el artículo 17.2 de la misma, serán competentes para conocer de las demandas para obtener la reparación del medioambiente dañado. Mismo planteamiento se sigue en México, donde la Ley Federal de Responsabilidad ambiental, de 7 de junio de 2013, señala que “*el Poder Judicial de la Federación contará con juzgados de Distrito con jurisdicción especial en materia ambiental*” (artículo 30).

Es con respecto a la competencia territorial donde pueden suscitarse mayores controversias. Si acudimos al artículo 52 LEC, vemos que no rige respecto de los litigios en materia medioambiental previsión alguna por la que se establezcan especialidades en la determinación de esta competencia. De este modo, regirían apriorísticamente los fueros generales de los artículos 50 y 51 LEC, en función de si el daño al medioambiente procede, respectivamente, de una persona física o de una persona jurídica.

No obstante, en la medida en que la defensa colectiva del entorno natural obedece a criterios y reglas procesales paralelos a los existentes de *lege data* para la protección de intereses difusos de consumidores y usuarios, la atención al artículo 52.1.16º LEC parece inevitable. Conforme al mismo, “*En los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor*”. ¿Sería acorde a un futurible modelo de proceso colectivo para la tutela del medioambiente la introducción de un precepto análogo? A nuestro parecer, la opción por el domicilio del demandado, que en la mayoría de las ocasiones será una

⁶⁵ Sobre las ventajas de los jueces especializados, en referencia a condiciones generales de la contratación, se ofrecen conclusiones que extrapolamos a la tutela colectiva del medioambiente, OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Los poderes del juez en la resolución de conflictos colectivos. Las acciones de representación, los acuerdos de resarcimiento, el procedimiento testigo y la extensión de efectos*, Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 26-27.

persona jurídica, privada o pública, es la más acertada, toda vez que es el criterio territorial de más fácil determinación ante una materia tan ambigua como lo es el medioambiente.

No nos mostramos, por el contrario, partidarios de la opción dada por la legislación chilena, la cual establece en el artículo 17.2 Ley 20600 que “*Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado*”. En nuestra opinión, el domicilio del demandado cuya responsabilidad se solicita dota a la determinación de la competencia territorial de una mayor concisión, habida cuenta de que el lugar de producción del daño se corresponderá, en buena parte de las ocasiones, con varias demarcaciones territoriales. En efecto, la determinación del lugar concreto donde se produce la causación y la consecuencia del daño ambiental es uno de los problemas más destacados en el seguimiento de esta tipología de procesos.

VI. COSA JUZGADA Y EFECTO PREJUDICIAL DE LA SENTENCIA COLECTIVA

Otra de las instituciones procesales sobre las que el ejercicio de acciones colectivas despliega sus consecuencias es la del efecto de cosa juzgada. Como es bien sabido, la eficacia de cosa juzgada determina que la resolución que ha adquirido firmeza no pueda verse sometida a variaciones o revisiones posteriores (más allá de las permitidas por el propio ordenamiento jurídico), tanto por el mismo órgano jurisdiccional que las ha dictado, como por otro distinto en procesos paralelos o ulteriores⁶⁶. En el primer caso, nos encontramos ante la eficacia *ad intra* o intraprocesal de la cosa juzgada, la cual viene siendo denominada como “cosa juzgada formal”. Por su parte, la

⁶⁶ Sobre el concepto de “cosa juzgada”, GÓMEZ COLOMER, J.L., “Los efectos del proceso”, en J. Montero Aroca, J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, I. Esparza Leibar y J.F. Etxeberria Guridi, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 518-537, esp. p. 518; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La cosa juzgada”, en V. Gimeno Sendra, V. Moreno Catena y V. Cortés Domínguez, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 409-413, esp. p. 409; del mismo autor, *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 113; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 17; CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 32-33.

eficacia *ad extra* o extraprocesal obedece a la cosa juzgada material, la cual tiene una doble proyección: negativa y positiva.

1. SOBRE EL EFECTO NEGATIVO DE COSA JUZGADA MATERIAL

Partiendo del planteamiento de una sentencia dictada en un proceso colectivo de tutela del medioambiente por la que se declare o no la existencia de un daño al entorno natural, pasamos a continuación a formular dos cuestiones a las que trataremos de dar respuesta.

Como primera cuestión, ¿podría una asociación en defensa del medioambiente litigar con posterioridad por los mismos hechos? A nuestro juicio, en este supuesto no resultaría especialmente problemática la plena aplicación del artículo 222.1 LEC, conforme al cual “*La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo*”. La respuesta a la pregunta planteada habría de ser, necesariamente, negativa, pudiendo afirmarse con rotundidad que la resolución pronunciada sobre una acción colectiva excluye un proceso colectivo posterior⁶⁷.

Como segunda cuestión, ¿podría un sujeto individual litigar con posterioridad por los mismos hechos en exigencia de indemnización por considerarse afectado por el daño medioambiental? Desde luego, ofrecer una respuesta concisa resulta mucho más complicado toda vez que, sobre el particular, nuevamente la LEC se refiere en exclusiva a los procesos colectivos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios al establecer la eficacia de la resolución. Es en este punto donde la función negativa de la cosa juzgada entronca con la vinculación o extensión subjetiva de la misma.

Una interpretación temprana de los artículos 221 y 222.3 LEC permite deducir que los efectos de una sentencia dictada en el curso de un proceso colectivo se extienden sobre todos los consumidores y usuarios amparados por la legitimación de la asociación demandante, con independencia de la intervención individual de los mismos y siendo indiferente también el

⁶⁷ ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, op. cit. p. 69; en opinión contraria, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. “Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2020, n. 2, pp. 47-117, esp. pp. 68-70, donde se alude a la conveniencia de dar a los procesos colectivos la publicidad suficiente como para que cualquier asociación interesada pueda personarse; de lo contrario, aduce el autor, el efecto de cosa juzgada no podrá hacerse recaer sobre entidades que pueden no haber tenido conocimiento del primer proceso colectivo.

sentido (estimatorio o desestimatorio) de la resolución. Se distingue por lo demás los dos supuestos que parecen comprendidos en la LEC: primero, los casos en los que el proceso colectivo se inicia con posterioridad al comienzo de un previo proceso individual; segundo, los casos en los que el proceso individual es posterior en el tiempo al inicio del proceso colectivo. En el primer supuesto, el proceso individual no queda paralizado por el posterior proceso colectivo, cabiendo la posibilidad de acumulación de ambos; sin embargo, en el segundo supuesto, el proceso colectivo despliega litispendencia e impide el desarrollo de un posterior proceso individual⁶⁸.

Esta aparente imposibilidad del consumidor de iniciar un subsiguiente proceso individual por hechos sobre los que ya se ha pronunciado la sentencia colectiva, ha sido matizada por medio de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Así, como criterio jurisprudencial asentado, el TS concluye que el efecto de cosa juzgada de una sentencia dictada en un proceso colectivo solo se extiende sobre los consumidores que hayan sido individualizados en la resolución. En la misma línea argumental, la STC 148/2016, de 19 de septiembre, indica sobre el particular que “*extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato*”⁶⁹. Ello por cuanto que, para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva⁷⁰, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes⁷¹. Verdaderamente, siguiendo a ARMENGOT VILLAPLANA, mientras que las

⁶⁸ ARMENGOT VILLAPLANA, A., “La cosa juzgada en las acciones colectivas”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 253-272, esp. pp. 253-254; AGUILERA MORALES, M. E., “Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del derecho de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2017, n. 63, pp. 111-127, esp. pp. 113-115.

⁶⁹ STC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 2º.

⁷⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Consideraciones sobre la eficacia prejudicial de una acción colectiva”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 149-173, esp. p. 157.

⁷¹ STS 123/2017, de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:477, FJ 3º; también la STS 478/2017, de 20 julio, ECLI:ES:TS:2017:3035, FJ 2º.

demandas interpuestas por las asociaciones de consumidores y usuarios constituyen el ejercicio de una acción de cesación (consistente en que la entidad deje de incluir condiciones generales de la contratación abusivas), los procesos individuales tienen por pretensión la nulidad de cláusulas en un contrato concreto y la indemnización derivada de ello⁷².

Tratando de precisar lo anterior, una vez más hemos de recurrir a la apuntada distinción entre intereses colectivos e intereses difusos. Así, en los procesos seguidos con ocasión del ejercicio de acciones colectivas, esto es, con consumidores determinados o determinables, la sentencia estimatoria⁷³ tanto de una acción de cesación como de una acción de indemnización desplegará sus efectos sobre aquellos que hayan sido identificados en la propia resolución.

Por su parte, en los procesos por acciones en defensa de intereses difusos, la sentencia resolutoria de una pretensión de condena habrá de determinar de la manera más precisa posible los datos necesarios para identificar a los posibles sujetos afectados, pudiendo recurrirse, en su caso, al incidente del artículo 519 LEC⁷⁴. Ahora bien, como señala PLANCHADELL GARGALLO, siempre habrá consumidores que no sea posible identificar, dificultándose con ello la fijación de la cuantía indemnizatoria, “*ya que no podrá determinarse el perjuicio efectivo sin saber quién ha sido realmente perjudicado*”⁷⁵. A estos efectos, parece ser lo lógico que la asociación de consumidores habilitada se limite al ejercicio de una acción declarativa, toda

⁷² ARMENGOT VILLAPLANA, A., “La cosa juzgada en las acciones colectivas”, op. cit. esp. p. 260.

⁷³ Ciertamente, se sostiene que el efecto de cosa juzgada de la sentencia solo se extenderá a los integrantes del colectivo cuando sea estimatorio, en lo que se conoce como sistema *secundum eventum litis*. Así, en casos en los que la sentencia dictada en el proceso colectivo rechace la pretensión, no se verán afectados por la misma los sujetos individualmente considerados, que pueden incluso no haber sido concededores del proceso, OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Los poderes del juez en la resolución de conflictos colectivos. Las acciones de representación, los acuerdos de resarcimiento, el procedimiento testigo y la extensión de efectos*, op. cit. p. 159.

⁷⁴ Son las conocidas como “sentencias abiertas”, PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acciones colectivas y acceso a la justicia”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 175-205, esp. p. 188.

⁷⁵ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, op. cit. pp. 208-212.

vez que la sentencia referente a una pretensión de cesación no impedirá la posterior litigación individual por la que se reclame una indemnización⁷⁶.

Extrapolando las anteriores apreciaciones a nuestro objeto de estudio, el efecto de cosa juzgada en los procesos colectivos referentes a la tutela del medioambiente presenta ciertas particularidades. Toda vez que quien realmente se verá afectada por los daños al medioambiente será la colectividad, la sentencia dictada tendrá efecto de cosa juzgada *erga omnes*, no cabiendo la individualización ni de su eficacia ni de su ejecución. Como señala YUGEROS PRIETO, “*de los aspectos positivos reconocidos en la sentencia, se lucrará la colectividad, gracias a la eficacia tanto material como fáctica de la sentencia, al emitir resolución sobre derechos que afectan a la colectividad*”⁷⁷.

Ciertamente, en la medida en que nos encontramos ante intereses jurídicos supraindividuales caracterizados como difusos, las posibilidades de especificar los concretos sujetos afectados y, por lo tanto, susceptibles de ser indemnizados, se disipan. ¿Quién resulta directamente perjudicado por los vertidos de residuos a mares, océanos y ríos? ¿Cómo puede identificarse a los concretos sujetos que han sufrido un daño susceptible de reparación por la contaminación ambiental? En estos y otros ejemplos comprendidos en la noción de daño al medioambiente, la acción por excelencia a ejercitar por las asociaciones que, según hemos defendido en epígrafes anteriores, debieran estar legitimadas activamente en el proceso colectivo, será la de cesación. De optarse también por una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, la dificultad se planteará a la hora de cuantificar la cantidad dineraria solicitada, pues la asociación no podrá mensurar (o al menos no con la exactitud debida) los daños sufridos por sujetos individuales potencialmente afectados.

Es por ello que, de ejercitarse conjuntamente acciones de cesación y de reparación, la indemnización derivada de esta última tendrá por titular a la sociedad. Habla en este sentido PLANCHADELL GARGALLO de la posibilidad de cuantificar globalmente la indemnización, sin atender al número

⁷⁶ Así parece desprenderse del tenor literal del artículo 221.1. 2º LEC: “*Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente*”.

⁷⁷ YUGEROS PRIETO, N., *Acceso a la justicia y legitimación medioambiental en el proceso español: vertiente teórico-práctica*, op. cit. p. 212.

de perjudicados⁷⁸, lo cual encontramos desde luego lógico si entendemos que el derecho afectado recae sobre la sociedad y no sobre sujetos individualmente considerados. Habría así de recurrirse a la previsión del artículo 219.2 LEC, el cual faculta al juzgador para fijar con claridad y precisión las bases para la posterior liquidación de la indemnización, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. O incluso podría el juzgador limitarse al dictado de una sentencia de condena dineraria, dejándose para para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades (artículo 219.3 LEC)⁷⁹.

2. SOBRE EL EFECTO POSITIVO O PREJUDICIAL DE COSA JUZGADA MATERIAL

Pese al planteamiento sostenido de que la perjudicada y, por lo tanto, la indemnizada, por daños al medioambiente es la colectividad, podría llegar a darse el caso de que un sujeto se considere individual y directamente afectado por el hecho sobre el que versa una sentencia colectiva firme. A modo de ejemplo, supongamos que, finalizado un proceso colectivo por el vertido de residuos a un río y conminada la empresa responsable a cesar en tal comportamiento, el propietario de una finca cercana aduce la pérdida de su cosecha con ocasión de tal contaminación.

Como solución apriorística, podría fundamentarse que la indemnización al sujeto se lleve a cabo en fase de ejecución de la sentencia colectiva en aplicación del artículo 221.1.1º LEC en su inciso segundo: “*Cuando la determinación individual (de los sujetos afectados) no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante*”. No nos mostramos, empero, partidarios de esta posibilidad.

En los procesos para la tutela de intereses de consumidores y usuarios, se señala por la doctrina que la posibilidad de que un sujeto individual litigue

⁷⁸ PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acciones colectivas y acceso a la justicia”, op. cit. p. 191.

⁷⁹ De tal forma se contempla, a modo de ejemplo, en la legislación chilena, donde el artículo 46 Ley 20600 se refiere a la posibilidad de que los individuos damnificados ejerciten ante los tribunales del orden civil una acción de reparación, fundamentada en el previo proceso colectivo ante el Tribunal Ambiental, donde se declaró la existencia de un daño. Se matiza asimismo que “*El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios se basará en el daño ambiental y la relación causal entre éste y la acción del ofensor establecidas por el Tribunal Ambiental*”.

con posterioridad al proceso colectivo dependerá del modelo de “opt-in” o de “opt-out” seguido. En el primer sistema, los sujetos deben manifestar su voluntad de adherirse al proceso colectivo, quedando con ella excluida la posibilidad de acciones individuales ulteriores; en el segundo sistema, los sujetos deben manifestar su voluntad de no quedar incluidos en el ámbito de eficacia del proceso colectivo, permitiéndose con ello que puedan ejercer posteriores acciones individuales⁸⁰. De esta suerte, ya nos encontremos ante uno u otro sistema, se prevé la extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada a los consumidores, limitándose así el ejercicio de posteriores reclamaciones individuales.

Por su parte, parece razonable sostener que los procesos colectivos en tutela del medioambiente se regirán por un sistema “opt-out”, el cual, en palabras de ARMENTA DEU, “*tiene un alcance más altruista y colectivo, más cercano a remedios reguladores y propuestas de justicia social que eviten conductas futuras no deseables*”⁸¹. En apoyo de esta argumentación, con la que coincidimos plenamente, argüimos que un interés difuso como el derecho a un medioambiente adecuado, no solo viene caracterizado por la indeterminación de los sujetos individuales sobre los que recae la representatividad de la asociación demandante, sino por corresponderse con un bien jurídico que se atribuye a toda persona por el mero hecho de serlo. Carecería de sentido que, ante la demanda interpuesta por una asociación, se necesitara de la manifestación de una voluntad adhesiva por parte de todos los ciudadanos. La asociación actúa en nombre de la sociedad y, dado que cualesquiera personas forman parte de ella, todas se verán afectadas por la sentencia que declare o no la existencia de un daño al entorno natural. Lo contrario supondría configurar un modelo en el que solo quienes manifiesten su voluntad de formar parte del proceso colectivo verían reconocido su derecho al medioambiente adecuado.

En otro orden de ideas, el interés del consumidor siempre va a ser el mismo (por ejemplo, la rescisión de la cláusula abusiva y la devolución de las cantidades derivadas del daño) con independencia de que la acción la ejercite él mismo ostentando legitimación ordinaria o a través de representatividad de la asociación. En cambio, en materia de protección del medioambiente, hay diferencia entre las pretensiones del sujeto individualmente considerado. Así, cuando la acción de cesación (y en su caso de reparación)

⁸⁰ ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, op. cit. p. 70.

⁸¹ *Ibidem* p. 84.

es ejercitada por la asociación, el interés del individuo que se protege, en cuanto que miembro de la sociedad, es su derecho a un medioambiente adecuado; por su parte, cuando es el propio sujeto el que litiga, este interés difuso vendrá acompañado de un interés puramente individual. Y es que, en un supuesto de hecho como el planteado al inicio del apartado, no se da en sentido estricto una coincidencia de pretensiones: mientras que la asociación pretendía la declaración de la existencia de un comportamiento contra el medioambiente y, en su caso, la condena al causante al pago de una indemnización cuya titular será la colectividad, el propietario del terreno afectado instará una indemnización no por el daño causado al medioambiente, sino por las pérdidas económicas sufridas.

Con todo, tratando de dar respuesta a la pregunta planteada, defendemos la posibilidad de un segundo procedimiento a instancia del sujeto para la tutela de su interés individual.

Evidentemente, parte de los hechos sobre los que versará este nuevo litigio se corresponderán con hechos ya abordados en la sentencia colectiva, cuales son los correspondientes a la concurrencia en el demandado de un comportamiento contrario a las normas medioambientales. Pues bien, respecto de los mismos, ¿podría tener la sentencia colectiva efecto positivo sobre el segundo litigio?

El efecto positivo de la cosa juzgada material supone que lo resuelto por resolución firme en un proceso vinculará al órgano jurisdiccional de un proceso posterior cuando los hechos objeto del primero constituyan antecedente lógico del segundo⁸². En otras palabras, se plantea la sujeción del segundo Juzgado con respecto a un pronunciamiento judicial anterior sobre hechos que guarden algún tipo de conexión.

⁸² DE LA OLIVA SANTOS, A., *El objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Pamplona, Civitas, 2005, pp. 263 y ss.; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 572; PÉREZ AGUILERA, L.M., *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 105; igualmente mencionamos la STC 158/1985, de 26 de noviembre, ECLI:ES:TC:1985:158, FJ 6º: “*Si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución, o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos. (...) Lo que cuenta es que el Estado, a través de uno de sus órganos jurisdiccionales, ha declarado la existencia o inexistencia de unos hechos, y no cabe, por las razones expresadas anteriormente, que otro órgano jurisdiccional del mismo Estado desconozca dicha declaración (...). Una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada (...)*”.

Señala el artículo 222.4 LEC que “*Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*”. Vemos por tanto que en el proceso civil sí tiene cabida la institución del efecto prejudicial de la cosa juzgada material, ahora bien, con la limitación de que los litigantes coincidan en los procesos en cuestión. En nuestra opinión, esta coincidencia debe ser apreciada en el supuesto de hecho de partida, habida cuenta de que el sujeto demandante en el segundo proceso se integra también en la colectividad titular del interés difuso sobre el que versa el proceso colectivo.

La traslación de los hechos declarados probados en el proceso colectivo al posterior proceso individual obedece además a criterios de economía procesal y de seguridad jurídica, tendiéndose por premisa fundamental la evitación de sentencias contradictorias.

VII. CONCLUSIONES

I. La constancia evolución económica, tecnológica e industrial en la que como sociedad nos encontramos inmersos, viene dando lugar en los últimos años a la aparición de nuevas formas de causación de daños que tienen a la colectividad por sujeto pasivo. Tal es el caso del derecho a un medioambiente saludable, el cual debe dejar de ser tutelado desde la perspectiva de la afectación individual a sujetos concretos, para pasar a ser considerado como un interés supraindividual necesitado de tutela colectiva.

II. Siendo que el artículo 45 de la Constitución Española reconoce el disfrute de un medioambiente adecuado como principio rector del ordenamiento jurídico, su protección ante los órganos judiciales se torna en una necesidad irrenunciable. A estos efectos, hemos visto cómo la concepción eminentemente individualista del proceso civil exige de un ejercicio de acomodo de sus previsiones para incluir las acciones colectivas. La escasa regulación que de *lege data* se contempla en el ordenamiento español, reducida con carácter exclusivo a la protección de intereses de consumidores y usuarios, nos impide hablar de la existencia de un verdadero proceso colectivo que englobe a los distintos supuestos de interés supraindividuales.

III. La tutela del entorno natural se erige en un interés difuso, entendido como un derecho cuyos titulares no son susceptibles de determinación

individual. Así, en consonancia con la conclusión anterior, sería desde luego deseable que el legislador español siguiese el camino abierto por ordenamientos como el chileno o el mexicano, en el sentido de regular un proceso civil colectivo directamente aplicable a los conflictos en materia medioambiental. Ciertamente, pese a algunas de las limitaciones que hemos analizado a lo largo del trabajo, estos ejemplos de normativa en la esfera latinoamericana son un buen reflejo de los pasos a seguir.

IV. También en el ámbito supranacional hemos visto referencias a la necesidad de tutela del medioambiente. Si bien no se entra a regular una acción colectiva ni mucho menos a imponer a los Estados miembros su inclusión en los ordenamientos nacionales, tanto en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, como en distintos textos (sea el caso de la Carta Mundial de la Naturaleza de la ONU o el Convenio de Aarhus), se alude a que se debe procurar a la ciudadanía el acceso a los tribunales en casos de incumplimiento de la legislación ambiental.

V. En España, el legislador ha optado por las vías administrativa y penal como forma de protección colectiva del medioambiente. Empero, las limitaciones que respecto de ambas hemos advertido dejan al margen de un sistema de tutela judicial a buena parte de las situaciones en las que entorno natural resulta afectado. Así, defendemos la conveniencia de un modelo que, de manera similar a como se prevé en la LEC la defensa de los intereses difusos de consumidores y usuarios, permita igualmente el ejercicio de acciones colectivas a las entidades y organizaciones representativas y habilitadas a tal fin.

VI. Proponemos, en consecuencia, trasladar al ámbito civil el contenido de las Leyes 27/2006 y 26/2007 en lo referente a las asociaciones legitimadas para interponer acciones de cesación y resarcimiento. Ahora bien, esta legitimación no debe quedar reconducida a los daños causados por la actuación de las Administraciones públicas (como ocurre de *lege data* con las aludidas leyes administrativas), sino que se debe ampliar la actuación de las organizaciones a cualesquiera afectaciones.

VII. Con respecto a la competencia para conocer de estos procesos, somos partidarios de la conformación de órganos judiciales especializados, nuevamente reproduciendo el planteamiento habido en legislaciones como la chilena o la mexicana. En efecto, siendo indubitada la competencia objetiva de los Juzgados de 1ª Instancia, abogamos por una especialización funcional.

VIII. También con respecto a la eficacia de cosa juzgada de la sentencia dictada en un proceso colectivo de tutela del medioambiente hemos advertido problemática derivada de la legitimación conferida a organizaciones y asociaciones en defensa de intereses difusos. Ciertamente, la indeterminación de sujetos individuales padecedores del daño y la consiguiente consideración de la sociedad como titular del derecho, imprimen a la resolución un efecto *erga omnes* en lo tocante a la declaración del daño y la prohibición de continuar con la acción u omisión causante del mismo. Se plantean interrogantes, sin embargo, en relación a las posibilidades de indemnización a particulares que, tras la sentencia que ponga fin al proceso colectivo, se presenten como individualmente afectados.

IX. En relación con lo anterior, somos proclives a la consideración de la tutela colectiva del medioambiente como un sistema “opt-out”, de forma tal que todo sujeto, en cuanto que miembro de la sociedad titular del bien jurídico afectado, se verá beneficiado por la sentencia. Ahora bien, hemos argumentado la posible concurrencia de intereses estrictamente individuales, no coincidentes con el derecho a un cuidado entorno natural y respecto de los cuales debe permitirse la litigación individual.

X. En suma, queda todavía trabajo por hacer. Como viene siendo habitual en no pocos ámbitos, la realidad social avanza a pasos agigantados y el legislador no es capaz de seguirle el ritmo. Podría optarse por una interpretación analógica del artículo 11.3 LEC, pero la posible inexistencia de sujetos afectados, identificados o no (por ejemplo, ante casos de emisión de gases contaminantes a la atmósfera) dificultará sobremanera la ejecución de la sentencia. En tanto en cuanto no se incorpore un modelo de indemnización y reparación de daños causados a la sociedad, una eventual acción civil en materia de medioambiente estará limitada a la legitimación de asociaciones ecologistas que actúen en defensa de sujetos concretos, determinados o indeterminados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M. E., “Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del derecho de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2017, n. 63, pp. 111-127.
- ARMENGOT VILLAPLANA, A., “La cosa juzgada en las acciones colectivas”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 253-272.

- ARMENTA DEU, T., “La legitimación en las acciones colectivas”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 103-148.
- ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- BACHMAIER WINTER, L., “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”, en M. A. Avila Ordóñez y M. B. Corredores Ledesma, *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, Quito, 2009, pp. 303-349.
- BELLVER CAPELLA, V., “El futuro del derecho al ambiente”, *Humana Iura. Suplemento de derechos humanos (Persona y derecho)*, 1996, n. 6, pp. 37-61.
- BUJOSA VADELL, L., *Procesos colectivos*, Palestra, Lima, 2023.
- BUJOSA VADELL, L., “Justicia e intereses colectivos: a vueltas con la protección procesal frente a cláusulas abusivas”, en S. Barona Vilar (coord.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 93-118.
- BUJOSA VADELL, L., “Daños ambientales: problemas procesales”, en L. Bujosa Vadell, F. Bueno de Mata (dirs.), I. González Pulido y W. Reifarth Muñoz (coords.), *Daños ambientales y tecnologías digitales: los drones en la investigación y enjuiciamiento de delitos de incendio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-49.
- BUJOSA VADELL, L., “¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 17-48.
- BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- BUJOSA VADELL, L., “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 1994, n. 1, pp- 67-124.
- CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009.
- CAMPBELL, A. P., “Class Actions: A Primer”, *American Journal of Trial Advocacy* 1996, vol 20, n. 2, pp. 305-330
- CAPONI, R., “Liticonsorzio «aggregato» L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori”, *Rivista Trimestrale di Diritto E Procedura Civile* 2008, vol. III, pp. 819-852.
- COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La cosa juzgada”, en V. Gimeno Sendra, V. Moreno Catena y V. Cortés Domínguez, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., *El objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Pamplona, Civitas, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- DE LUIS GARCÍA, E., “La tutela colectiva del medioambiente”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 345-358.
- DE LUIS GARCÍA, E., “El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho”, *Revista Boliviana de Derecho* 2018, n. 25, pp. 550-569.
- DONZELLI, R., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene Editore, Nápoles, 2011.
- FERRETE SARRIÁ, C., “El derecho humano a un medio ambiente sano en el Tratado de la Constitución para Europa”, *RECERCA. Revista De Pensament I Anàlisi* 2012, n. 6, pp. 141-156.
- FRANCO DEL POZO, M., “El derecho a un medio ambiente adecuado”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* 2000, n. 8, pp. 1-86.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (Algunas consideraciones a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 2011 n. 6, pp. 51-73.
- GLENN, K. P. “The dilemma of class action reform”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1986, Vol. 6, n. 2, pp. 262-274.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “Los efectos del proceso”, en J. Montero Aroca, J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, I. Esparza Leibar y J.F. Etxeberría Guridi, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 518-537.
- GÓMEZ DE LIAÑO, J., “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 1983, n. 3, pp. 549-576.
- GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. “Acciones colectivas: pretensiones y legitimación”, en T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 17-60.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano, 1999.
- HENSLER, D. R., “The Globalization of Class Actions: An Overview”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, Vol. 622, n. 1, pp. 7-29.
- JIMENO BULNES, M., “Nuevas perspectivas sobre la legitimación colectiva: el modelo social anglosajón”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 2000, n. 3, pp. 537-570.

- JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., *La protección del medioambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Consideraciones sobre la eficacia prejudicial de una acción colectiva”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 149-173.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011.
- MONTERO AROCA, J., “Acciones judiciales en materia de medio ambiente en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana - VI Conferencias sobre el Medio Ambiente: Acciones para la preservación del medio ambiente 2003*, pp. 1-14.
- MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994.
- NEIRA HIDALGO, G., “El Derecho a un Medio Ambiente Sano como Derecho Humano: Su Protección en Contextos de Paz y de Conflictos Armados”, *Vox Juris* 2011, n. 21, pp. 131-152.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. “Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2020, n. 2, pp. 47-117.
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Los poderes del juez en la resolución de conflictos colectivos. Las acciones de representación, los acuerdos de resarcimiento, el procedimiento testigo y la extensión de efectos*, Marcial Pons, Madrid, 2023.
- ORTELLS RAMOS, M., “Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las Administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección”, *Revista Ius et Praxis* 2011, n. 2, pp. 419-482.
- PÉREZ AGUILERA, L.M., *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- PÉREZ LUÑO, A.E., “Las generaciones de derechos humanos”, *Revista da AGU, Brasília-DF* 2014, n. 42, pp. 39-74.
- PÉREZ LUÑO, A. E., “Estado constitucional y derechos de la tercera generación”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 1997, n. 14, pp. 545-570.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., “Acciones colectivas y acceso a la justicia”, en A. Montesinos García (dir.) y M.J. Catalán Chamorro (coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 175-205.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RABIEJ, J. K., “The making of Class Action Rule 23. What were we thinking?”, *Mississippi College Law Review* 2005, vol. 24, n. 2, pp. 323-392.

- RUIQUELME SALAZAR, C., “Los Tribunales ambientales en Chile ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 2013, Vol. 4, n. 1, pp. 1-43.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. “El acceso a la Justicia Ambiental a nivel comunitario en España veinte años después del Convenio de Aarhus”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 2018, Vol. 9, n. 1, pp. 1-53.
- SILGUERO ESTAGNAN, J., “Las *class actions* en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 1995, n. 1, pp. 5-50.
- TREJO ORDUÑA, J. J., *Acciones colectivas y protección al medio ambiente*, Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales: Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Ciudad de México, 2018.
- VASAK, K., *Pour les droits de l’homme de la troisième génération*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 1979.
- VERNET, J. y JARIA, J., “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, *Teoría y realidad constitucional* 2007, n. 20, pp. 513-533.
- YUGUEROS PRIETO, N., *Acceso a la justicia y legitimación medioambiental en el proceso español: vertiente teórico-práctica*, Colex, A Coruña, 2023.

LOS WHISTLEBLOWERS Y SU PROTECCIÓN LEGAL EN PORTUGAL: DEL *LAW IN BOOKS* AL *LAW IN ACTION* A PARTIR DE LA LEY 93/2021

Whistleblowers and their legal protection in Portugal: From *law in books* to *law in action* as of Law 93/2021

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA*

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
nicolas@usal.es

SUMARIO: I. OBSERVACIONES PRELIMINARES DE CONTEXTO. II. ANTECEDENTES NORMATIVOS. III. ENTRADA EN VIGOR Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. IV. RÉGIMEN ESPECÍFICO. V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: Con la Ley 93/2021 relativa al régimen general de protección de los denunciantes de infracciones Portugal ha cumplido con el compromiso comunitario de trasponer la Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. A diferencia de la mayoría de los países de la Unión Europea, Portugal lo ha hecho en tiempo, y ha aprovechado las oportunidades dadas por el legislador europeo para maximizar su ámbito de aplicación de manera que se puedan denunciar infracciones sin temor a

* Director e investigador del «Centro de Investigación para la Gobernanza Global», del «GIR-USAL Justicia, sistema penal y criminología», «Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global» y del «Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal», todos ellos de la Universidad de Salamanca. Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación *PID2022-138775NB-I00*, financiado/a por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, «Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública», *RED2022-134265-T* «Cultura de la legalidad y lucha contra la corrupción», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y *PID2022-138775NB-I00* «WiS-H - A Whistleblowing Habitat in Southern Europe», financiado por la Comisión Europea - Unión Europea (Convocatoria CERV-2023-CHAR-LITI. # 101143143). ORCID ID 0000-0003-0045-796X y RESEARCHER ID A-8577-2017. Contacto: nicolas@usal.es y @nicolasUSAL. Una versión inicial de este trabajo fue expuesto y debatido públicamente en la «III Conferência Ibero-Atlântica *A justiça penal face à nova realidade social e económica*», celebrada del 9 al 11 de mayo de 2024 en Madeira.

represalias y que las revelaciones sean tratadas de manera efectiva. Sin embargo, ese logro queda importantemente supeditado porque en la implementación portuguesa en algunos puntos puede llegar a desincentivar a algunas personas llamadas a reportar a las autoridades infracciones legales.

Palabras clave: Denunciante. Confidencialidad. Canales de denuncia. Buena fe. Cultura de equidad. Corrupción. Unión Europea.

Abstract: With Law 93/2021 on the general protection regime for whistleblowers, Portugal has fulfilled its community commitment to transpose Directive 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law. Unlike most European Union countries, Portugal has done so in a timely manner and has taken advantage of the opportunities provided by the European legislator to maximize its scope of application, ensuring that infringements can be reported without fear of retaliation and that disclosures are handled effectively. However, this achievement is significantly conditional because the Portuguese implementation, in some points, may discourage some individuals from reporting legal breaches to the authorities.

Keywords: Whistleblower. Confidentiality. Reporting channels. Honest mistake. Just culture. Corruption. European Union.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES DE CONTEXTO

Atrás han quedado los años en los cuales los países, en el ejercicio máximo de los principios de igualdad soberana e integridad territorial, por un lado confiaban en el sistema penal —casi prioritariamente— y, por otro, en la actuación de sus propias autoridades administrativas y jurisdiccionales —casi en exclusividad—, para combatir eficientemente¹ a las que se ha dado en llamar «nuevas formas de criminalidad», esto es, esas que se han expandido y transformado debido a la imparable interdependencia y conectividad entre los países en las relaciones que entre ellos se tejen desde el punto de vista social, económico, jurídico y tecnológico, con la consiguiente generación de *riesgos*² cuya percepción y gestión se han convertido en ele-

¹ Echándose en manos, incluso en el campo penal, de las pretendidas *bonanzas* de la inteligencia artificial, como entre muchos estudian BARONA VILAR (2022: 75 y ss.), GIMENO BEVIÁ (2023), GÓMEZ COLOMER (2023) y MIRANDA RODRIGUES (2023: 211 y ss.). Lo que no empuja a que haya cada vez más cuestionamientos y planteamientos reflexivos sobre su futuro y extensión, como el que efectúa INNERARITY (2023).

² En la actualidad, las preocupaciones más generalizadas alcanzan tres ámbitos de trabajo: (i) el económico, (ii) el generado por las informaciones falsas y la desinformación —con particular incidencia en los sistemas electorales nacionales y regionales— y (iii) el provocado por el incremento y la variación de los conflictos con nuevos riesgos. Con relación a estos últimos véase LASCURAÍN SÁNCHEZ (2021), VV.AA. (2023: 38 y ss.) y NAVEX (2024).

mentos esenciales de la agenda política de los países y de las instituciones y organismos supranacionales e internacionales³.

Las consecuencias de estos «delitos de la globalización», para los cuales no han estado preparados para darles una adecuada respuesta desde el Estado de Derecho ninguno de los sistemas penales modernos⁴, ni tan siquiera los de los países más avanzados⁵, y su imparable crecimiento en términos cuantitativos —de ahí la preocupación concentrada por la implementación de políticas de recuperación de activos— y cualitativos —por su lesividad ampliada e impacto social a todos los niveles—, ha provocado que desde esos mismos organismos supranacionales e internacionales se haya trabajado intensamente en una triple dirección, más allá de aquellas tradicionales conceptuadas desde una óptica más retributiva, las cuales se han mostrado altamente ineficientes —y en ocasiones injustas⁶—:

- a) generar bases comunes de aquellas estrategias contrastadas y más eficaces para la persecución de los delitos, las cuales tienen que ser desarrolladas por cada uno de los países de manera atemperada en función de su propio contexto social, político, económico, jurídico e institucional;

³ Vid. DA SILVA FIGUEIREDO (2021: 24 y ss.), quien con relación al enfrentamiento al problema de la corrupción afirma que este es un principio de Derecho Internacional, con especial trascendencia en el Derecho Internacional Penal.

⁴ En el «Índice de Estado de Derecho» que anualmente viene elaborando el «Proyecto de Justicia Global» se puede constatar cómo hay una relación directa entre el funcionamiento de la justicia criminal con el sentir colectivo sobre la vigencia y el alcance del Estado de Derecho en un determinado país, pese a que ésta sea sólo uno de los ocho factores que son colacionados en la confección, en 2023, del ránking de 142 países. En él, Portugal ocupa la posición 28 con una puntuación de 0.68. En el análisis y valoración de la justicia criminal de cada uno de los países toma en cuenta a sus actores principales —policías, fiscales, jueces, abogados y funcionarios de prisiones— y su desempeño en siete ítems: (i) el sistema de investigación penal es eficaz; (ii) el sistema de enjuiciamiento penal es oportuno y eficaz; (iii) el sistema penitenciario es eficaz para reducir el comportamiento delictivo; (iv) la justicia penal es imparcial; (v) la justicia penal está libre de corrupción; (vi) la justicia penal está libre de influencias indebidas por parte de los gobernantes; y (vii) el debido proceso legal y los derechos del acusado. Sólo considerando este factor Portugal está en el puesto 41 (0.56). Vid. WORLD JUSTICE PROJECT (2023: 10 y ss.).

⁵ Vid. BARONA VILAR (2019).

⁶ Vid. PORTILLA CONTRERAS (2004), DAMIÁN MORENO (2006), MUÑOZ CONDE (2009) y MERKEL (2022).

- b) desarrollar herramientas innovadoras de prevención, tanto especial como general⁷; y
- c) concienciar a la sociedad en su conjunto que sin una propensión generalizada a la colaboración activa de los ciudadanos que interactúan desde diferentes roles en el sistema de justicia penal a través de instituciones jurídicas de base comunicacional, dialogada y negociada será mucho más difícil alcanzar soluciones más justas, eficientes y acordes con los derechos humanos⁸.

En este punto, a nadie extraña si señalamos que a día de hoy el ámbito material más propicio en el que convergen estos lineamientos es el relativo a la «corrupción»⁹, y más en situaciones extremas como las creadas por la crisis financiera del decenio pasado, la pandemia de la covid-19 o la guerra de Ucrania¹⁰, en las cuales los ciudadanos están más sensibilizados por el destino que se les da a los fondos públicos —nacionales y comunitarios—, esto es, son menos tolerantes frente a ella¹¹. Un término que tiene que ser entendido como una cuestión existencial¹², que afecta a una pluralidad de víctimas

⁷ Vid. MOYA VALDIVIESO (2022: 110 y ss.), quien desde este planteamiento estudia el «principio de precaución».

⁸ Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022).

⁹ Y ello porque, como señala MAIA (2022: 21 y ss.), el fraude y la corrupción son un problema de gestión del Estado que afecta a la credibilidad y simbolismo que representa. En términos generales, véase DAMIÃO DA CUNHA (2011), OCDE (2017), FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2023) y WORLD BANK (2024: 26 y ss.); y con relación a Portugal DE FARIA COSTA, GODINHO & AIRES DE SOUSA (2014) y <https://www.enterprisesurveys.org/en/data/exploreconomies/2023/portugal#2>. Además, indicar que tal y como se evidencia en TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2021: 18 y ss.), en la Unión Europea se ha cuantificado en 18 millones de personas las que en el último año para utilizar un servicio público pagaron un soborno, entregaron un regalo o hicieron un favor para recibir los servicios que necesitaban (sanidad pública, prestaciones sociales, educación, Policía, etc.); concretamente la media europea es del 7%, y el dato de Portugal el 3%. Sin embargo, mucho más amplificadas y extendidas están las prácticas de pedir favores y de recurrir a conexiones personales de familiares, amigos, compañeros de trabajo... para *baipasear* las normas y los procedimientos para poder hacer uso de esos servicios públicos: 106 millones de personas en el último año a nivel región; en esencia, recibir un trato *preferencial*—individual o grupal— para cuya consecución no es infrecuente que resulten damnificados otros grupos más numerosos al quedar sesgada la distribución de los servicios gubernamentales en favor de quienes están mejor *conectados* en la sociedad. En este caso, la media europea es del 33%, siendo el dato portugués significativamente más elevado: el 48%.

¹⁰ Vid. WORLD BANK (2022: 201 y ss.).

¹¹ Vid. GOUVÊA MACIEL (2021).

¹² VV.AA. (2024: 10). No en vano, en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 —en adelante CNUC— se exhorta a los países a tener pre-

—tanto concretas como inespecíficas¹³—, que peligrosamente en muchos países y regiones del mundo se ha convertido en un problema estructural y sistémico¹⁴, que va más allá de los *simples* delitos con los que se asocia¹⁵ y con los que se relaciona¹⁶, y en el que junto a la aplicación de la ley afloran las necesidades de apostar por planteamientos preventivos¹⁷, de raigambre ética, así como por generar sociedades pacíficas, inclusivas y sostenibles en las que se fomenten la integridad y la gobernanza de las organizaciones¹⁸ en la

sentes «[...] los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo a la corrupción». Con este planteamiento véase RODRÍGUEZ-GARCÍA & PAHUL ROBREDO (2022: 29 y ss.).

- ¹³ Vid. LÓPEZ ZUBIRÍA DÍAZ (2017: 347 y ss), MUÑOZ OLIVEIRA & CAMACHO BELTRÁN (2023: 41 y ss.) y MEGÍAS, GOUVÊA MACIEL, DE SOUSA & JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2024: 8 y ss.). Con este planteamiento, el WORLD ECONOMIC FORUM (2024: 68 y ss.) resalta cómo, por un lado, la actividad económica ilícita es uno de los *riesgos* menos valorados en los países, y, por otro, un amplio conjunto de actores no estatales capitalizarán los sistemas debilitados, consolidando el ‘círculo vicioso’ entre conflicto, fragilidad, corrupción, delincuencia y seguridad.
- ¹⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2023), que ranquea 180 países del mundo en función de los niveles percibidos de corrupción en el sector público, según expertos y empresarios, suspendiendo en esta valoración dos tercios de los países analizados y siendo la media que obtienen 4’3 puntos; 6’6 puntos en el caso de los países europeos, teniendo una puntuación de 6’2 Portugal. Unos datos, mantenidos en el tiempo e incluso tendencialmente inferiores, situación agravada por la pandemia sanitaria pasada, que ponen de manifiesto la inocuidad de los esfuerzos en prevenir y reprimir la corrupción, en unos escenarios nacionales, supranacionales y mundiales cada vez más violentos. Además, véase EUROPOL (2023: 9 y ss.), FELDMANN & LUNA (2023: 5 y ss.), NIETO MARTÍN (2023: 152 y ss.), LUCIANI (2024) y POHLMANN (2024).
- ¹⁵ Y, dentro de ellos, con una amplia comprensión del fenómeno delictivo que va mucho más allá de la ideación tradicional concentrada en el soborno y la malversación de fondos públicos. Véase HALD (2013).
- ¹⁶ Como, por ejemplo, el crimen organizado y el blanqueo de capitales. Véase EUROPOL (2024: 39 y ss.).
- ¹⁷ Vid. BACIGALUPO SAGGESE (2020).
- ¹⁸ Vid. VILLORIA MENDIETA & JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2019: 760 y ss.). Y también, para un estudio en profundidad y comparado de esta materia y enfoque, OCDE (2024), en donde se destaca como los marcos anticorrupción y de integridad están mejorando, pero es necesario renovar los esfuerzos para fortalecerlos a nivel mundial priorizando su implementación, mejorando la recopilación de datos y teniendo en cuenta los —nuevos— riesgos emergentes, todo ello si se toma en cuenta que fortalecer la integridad y combatir la corrupción es esencial para salvaguardar la confianza de los ciudadanos en la gobernabilidad democrática, hacer que las economías sean más productivas al proporcionar un entorno empresarial propicio para la innovación, la competencia y la inversión, y garantizar que los recursos del sector público se asignen de manera efectiva en un momento de importantes presiones

preservación de sus *bienes internos*¹⁹, objetivos para cuya consecución se es cada vez más dependiente de la tecnología²⁰, también en la persecución de algunas formas de criminalidad²¹.

Es planteamiento situacional debe también poner énfasis en la relación que se da entre tres elementos en los ámbitos legal y organizacional²²: (i) los *compliance programs* —en algunos casos también *criminal*—, que a partir de su marco de cumplimiento normativo y ético fomentan la denuncia de irregularidades —y también de ilegalidades e ilicitudes— por parte de (ii) unos *whistleblowers*, que tienen que ser debidamente protegidos frente a posibles tratos injustificados, lo que en última instancia ayuda a evitar y, en su caso, enjuiciar, (iii) la responsabilidad —no solo penal— de las personas jurídicas.

Así lo indicamos porque todos ellos conforman un todo, en el que se retroalimentan en su existencia, configuración y operatividad, de forma tal que hay que ser concientes de que el abordaje individual de cada uno de ellos sólo nos aporta una impresión parcial, que tiene que ser colmada con el conocimiento en profundidad de los demás si es que queremos tener una comprensión holística del funcionamiento de estas nuevas herramientas²³ e, incluso, compararlas con las existentes en otros países, de cuyo estudio pretendemos sacar lecciones aprendidas que ayuden a mejorar el marco normativo nacional y las actuaciones de asistencia y cooperación jurídica y judicial internacional.

fiscales. Tal y como se destaca en este informe, Portugal es uno de los doce países de la Organización que recopilan datos sobre si las organizaciones públicas siguen las recomendaciones de las auditorías internas —lo hacen en un 56%—; sin embargo, no es uno de los países que hace un seguimiento de los puestos que ocupan los altos funcionarios al dejar su cargo público, lo que les expone potencialmente a conflictos de intereses.

¹⁹ VILLORIA MENDIETA (2011: 109).

²⁰ Lo que no obsta para que su uso no pueda dar cobijo a desigualdades y situaciones discriminatorias, tal y como analizan SOARES CRESTANE & HENNIG LEAL (2024: 25 y ss.).

²¹ Vid. MAIA (2021) y MATTONI (2024).

²² Vid. BUSATO (2018), AIRES DE SOUSA (2019), ANTUNES (2020), BRANDÃO (2020: 106 y ss.), LAMAS LEITE (2020), PALMA, SILVA DIAS & DE SOUSA MENDES (2020), GODINHO (2021), MARQUES DA SILVA (2021), QUINTELA DE BRITO (2021), NOVERSA LOUREIRO (2021), MIRANDA RODRIGUES (2021 y 2022), LUZ DOS SANTOS (2022), MENEZES SANHUDO (2022), SCANDELARI (2022), DA COSTA ANDRADE (2023), FERREIRA CAÓ VINAGRE (2023), MENDES DE SOUSA OLIVEIRA (2023), MENEZES SANHUDO & BALLESTEROS SÁNCHEZ (2023), QUINTELA DE BRITO (2023), RODRÍGUEZ-GARCÍA (2023), ALFAR RODRIGUES (2024: 175 y ss.), DE ANDRADE & FORTE DOS SANTOS (2024), ALDEA GAMARRA (2024: 105 y ss.) y SALGUEIRO (2024).

²³ Con este planteamiento véase RODRÍGUEZ-GARCÍA (2021).

Desde hace decenios, en la estrategia diseñada y desplegada en todas las regiones del mundo a partir de los instrumentos jurídicos internacionales dedicados al combate de delitos graves, complejos y transfronterizos —como el narcotráfico, el terrorismo, la corrupción, el blanqueo de capitales o el crimen organizado—²⁴ se ha venido prestando atención a la necesidad institucional de proteger a las personas que con sus denuncias han venido coadyuvando en la persecución de esos hechos criminales²⁵, dando continuidad a las políticas que se han venido siguiendo con relación a víctimas, peritos y testigos²⁶; todas ellas, eso sí, ayunas de eficacia.

A nuestro juicio, esta ampliación del espectro subjetivo de la tutela estatal a colectivos de personas en riesgo se ha hecho de manera timorata, desigual y fraccionada. Basta con constatar que claramente éstas son previsiones de *soft law*²⁷, no como las atinentes a las otras personas²⁸, y que en el mejor de los casos se limitan a fijar como presupuesto de la protección el que el actuante lo haga de «buena fe»²⁹ y al amparo de «motivos razonables» para comprender que los hechos denunciados son verdaderos y están comprendidos en el ámbito aplicativo de la normatividad, sin especificar, por ejemplo, posibles mecanismos y medidas de protección³⁰ o, incluso, los derechos procesales que le asisten a las personas a las que se les atribuyen

²⁴ Vid. STIEGEL & DE SCHAMP (2023: 345 y ss.).

²⁵ ABAZI (2020: 641).

²⁶ Vid. FREITAS (2021: 572 y ss.).

²⁷ Vid. FAJARDO DEL CASTILLO (2024).

²⁸ Así, si tomamos como referencia la CNUC, con relación a la protección de los denunciantes el artículo 33 establece una doble previsión potestativa ([c]ada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno...), mientras que con relación a los peritos, testigos y víctimas los Estados son compelidos desde el artículo 32.1 a actuar de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación («[c]ada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento interno y dentro de sus posibilidades...»). Para tratar de salvar esta diferencia en favor del primer precepto, y pese a señalar de manera directa que el mismo no es «vinculante», en NACIONES UNIDAS (2010: 112) se indica que tiene que ser complementado por el segundo artículo reseñado, por mucho que existan claras diferencias entre los testigos y las personas que denuncian.

²⁹ Aunque de manera primaria esta «buena fe» se hace equivaler a desinterés objetivo y subjetivo en relación a los hechos y sujetos implicados en los mismos, no es menos cierto que en muchos casos, como indica BACHMAIER WINTER (2019: 5), el interés general que justifica el reporte del alertante puede estar conectado con intereses propios.

³⁰ Si es verdad que en NACIONES UNIDAS (2010: 132) se ejemplifican medidas de protección de los denunciantes: la protección de la carrera profesional, el apoyo psicológico, el reconocimiento institucional de la denuncia, el traslado dentro de la misma organización y la reubicación en otra institución.

los hechos —ejecutados o temidos— de represalia, tales como el derecho de defensa o la garantía del proceso debido³¹.

Con este escenario fáctico y normativo, ya Naciones Unidas apuntó algunas de las cuestiones esenciales que tendrían que ser resueltas en la legislación nacional en esta materia³², con el objetivo de que las personas que tienen conocimiento de posibles hechos criminales no se vean desalentados en su propensión a colaborar, lo que de manera directa e inmediata provocaría el debilitamiento de los objetivos de la estrategia de la comunidad internacional en esta materia³³, que como en otras está liderada —jurídicamente y *de facto*— por Estados Unidos³⁴: (i) a qué personas y en qué esferas, actividades, sectores y entidades se aplica el término; (ii) quiénes están habilitados para efectuar denuncias; (iii) ante quién deben presentarse; (iv) de qué forma y con qué información; (v) en qué consiste un «trato injustificado»; (vi) qué tipo de protección ha de ofrecerse a la fuente de información; y (vii) qué garantías se preverían en caso de acusaciones infundadas o aviesas.

Afortunadamente, aún existen muchos ciudadanos que, a pesar del temor a las represalias y las deficiencias en los sistemas de justicia penal para perseguir conductas criminales, mantienen un comportamiento proactivo³⁵: creen que colaborar activamente con las autoridades, tanto del sector público como privado, contribuye al bienestar económico y social, así como a la prosperidad de la sociedad en su conjunto. Y para maximizar la cantidad

³¹ Con relación a la percepción que se tiene del Poder Judicial y de las garantías procesales que están constitucionalizadas en favor de los ciudadanos véase ALBERT (2024: 29 y ss.).

³² NACIONES UNIDAS (2010: 132).

³³ NACIONES UNIDAS (2012: 127).

³⁴ Véase FORTUNY CENDRA (2020) y KARPACHEVA & HOCK (2024). En este punto, consignar como el 7 de marzo de 2024 la Fiscal General Adjunta de Estados Unidos Lisa Mónaco ha anunciado que el Departamento de Justicia (DOJ) va a aprobar un nuevo programa de denunciadores para recompensales por sus reportes con relación tanto a empresas públicas como privadas; particularmente, aquellas que tengan que ver con los hechos contemplados en la «FCPA» —Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero— y en la «FEPA» —Ley de Prevención de la Extorsión en el Extranjero—, por lo que se les dará especial valor a las auto-revelaciones voluntarias en aplicación de lo que en ocasiones hemos llamado *doctrina del palo y la zanahoria*.

³⁵ Vid. TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2021: 31 y ss.), que en el ámbito europeo presenta números esperanzadores: el 64% de las personas cree que los ciudadanos de a pie pueden marcar la diferencia en la lucha contra la corrupción, sentimiento que en el caso de Portugal es superior al 80%. Ello no obsta para que en esta tarea autoimpuesta haya dudas, miedos y temores a represalias: así lo piensa el 58% en Portugal. Véase además AMNISTÍA INTERNACIONAL (2022).

y la calidad de las colaboraciones, es absolutamente necesario, dentro del marco legal y operativo, que en las organizaciones exista un clima donde los empleados sientan un fuerte sentido de pertinencia y seguridad³⁶, lo que se puede concretar, entre otras cuestiones, en la vigencia y el alcance del derecho de información de los denunciantes, no sólo durante y después de la presentación de su reporte, sino también con carácter previo a los efectos de que dentro de la cultura organizacional imperante sea informado, de manera eficaz, de la relevancia jurídica de la conducta de referencia y su calificación legal, de los sujetos implicados, de la importancia de denunciar para preservar el interés público, del esquema de protección que se establece en su favor y su compatibilidad con la legislación laboral aplicable al caso, del derecho que le asiste a recibir información puntual y detallada sobre el estado, resultados y tramitación de sus denuncias, de las obligaciones indirectas que asume desde que colabora —ampliar la información o buscar una nueva, testificar...—, de las potenciales reparaciones o indemnizaciones a las que tiene derecho —y, por qué no, recompensas económicas³⁷—, de la posibilidad de llevar a cabo denuncias anónimas, etc.

Por tanto, en este escenario la transparencia y el buen hacer de los operadores competentes actúan de contrapunto positivo a la confidencialidad de la investigación y de las personas implicadas. Incluso, en línea de principios, hay que extender un manto protector sobre el denunciante, que es una persona con rostro³⁸, siempre y cuando no se demuestre que ha actuado con «mala fe»³⁹ —e incluso con «temeridad»—, con relación a un posible reporte incompleto o inexacto, a su canalizacióamen ante una autoridad incompetente, a la posible transgresión de las leyes de la confidencialidad de su organización, a la insuficiencia de motivación en su proceder, etc⁴⁰. Un término, denunciante, en el que hay que considerar como comprendidos

³⁶ MUNRO & GOLDWASSER (2024).

³⁷ Vid. GIMENO BEVIÁ (2018), GARCÍA-MORENO (2021) y POTIPIROON (2024). Y en sentido contrario, cuando menos para Portugal, véase MARQUES DA SILVA (2020: 22), lo que le permite afirmar que si la colaboración con la justicia no debe ser premiada también el denunciante no puede ser perjudicado.

³⁸ VIEGAS (2022: 87 y ss.).

³⁹ NACIONES UNIDAS (2010: 114) así lo enfatiza, dejando claro que sobre el denunciante no recae la carga de probar que su actuación se basa en las reglas de la buena fe; una decisión distinta sería un acicate negativo para retraer las actitudes colaboradoras de los ciudadanos.

⁴⁰ Actuaciones irresponsables o indebidas que, como indica PÉREZ TRIVIÑO (2018: 296), pueden terminar derivando para el denunciante que se le exijan responsabilidades de distinta naturaleza, incluida la penal.

también a los periodistas que publiquen denuncias⁴¹, puesto que no en vano el nuevo marco jurídico internacional recoge como tercer estadio de protección la difusión pública de las denuncias.

Partiendo de la base de la aplicación de la *competencia no exclusiva*⁴², en la Unión Europea se ha ido produciendo un crecimiento acelerado del «Derecho Penal europeo»⁴³, que vaya más allá de la fijación y aplicación de sanciones —proporcionales, eficaces y disuasorias—, buscando alcanzar las cotas hasta hace poco reservadas a otros campos jurídicos como el laboral, el medioambiental, el consumo, la competencia o la propiedad intelectual. Por ello, se ha dicho que con el cambio de siglo al Derecho Penal

⁴¹ Esta es una materia sobre la que viene prestando una especial atención la Unión Europea, tratando de dar respuesta a las expectativas de los ciudadanos europeos, quienes entre otras muchas cuestiones reclaman, tal y como marca la UNIÓN EUROPEA (2022: 70 y ss.), (i) que se introduzca una legislación que aborde las amenazas a la independencia de los medios de comunicación y hacer cumplir las normas de competencia de la UE en el sector de los medios de comunicación, con el fin de evitar los grandes monopolios de los medios de comunicación, así como para garantizar el pluralismo de los medios de comunicación y la independencia de las injerencias políticas, corporativas o extranjeras indebidas; (ii) que se contrarreste la desinformación a través de la legislación y las directrices para las plataformas en línea y las empresas de medios sociales; y (iii) que se defienda y apoye a los medios de comunicación libres, pluralistas e independientes y garantizar la protección de los periodistas.

En secuencia de lo señalado, hace pocas semanas el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución legislativa, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *por el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior (Ley Europea de Libertad de los Medios de Comunicación) y se modifica la Directiva 2010/13/UE [COM(2022)0457-C9-0309/2022-2022/0277(COD)]* [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0137_ES.pdf]. Y, más recientemente, se ha publicado la Directiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, *relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»)* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401069] —en adelante D. 2024/1969—.

⁴² LUPPI & BELLINGERI (2023: 282).

⁴³ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal* /* COM/2011/0573 final */ [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52011DC0573>], en la que entre otras muchas cuestiones se señala que «[e]l Derecho penal puede desempeñar un importante papel para garantizar la aplicación de las políticas de la Unión Europea. Estas políticas dependen de la aplicación efectiva por los Estados miembros. La Unión por sí sola no puede garantizar que sus normas [...] tengan el efecto deseado para los ciudadanos».

—y Procesal penal— le han quedado pequeños los zapatos que le había puesto la normativa comunitaria⁴⁴, la cual, además, no puede quedar limitada a aquellos casos en los cuales los hechos criminales tienen únicamente carácter transfronterizo, lo que conlleva que también tenga que alcanzar a los asuntos nacionales —internos— en la búsqueda activa de la tutela europea de los principios del perjuicio y del interés jurídico⁴⁵, aún en un espacio geográfico con instituciones y sistemas legales patrios ampliamente heterogéneos.

Buen ejemplo de ello tenemos con los instrumentos jurídicos generados —en su mayor parte aprobados— en los últimos meses en muchas materias claves en la construcción de un espacio judicial-penal europeo: (i) la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁴⁶, (ii) la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal⁴⁷, (iii) el combate a la corrupción⁴⁸, (iv) la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo⁴⁹, (v) la prevención y lucha con-

⁴⁴ ALBRECHT & BRAUM (2002: 293).

⁴⁵ Vid. WIECZOREK (2021: 378 y ss.).

⁴⁶ Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, *sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401385].

⁴⁷ Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, *relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401203].

⁴⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo* [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0234>]. La intelección de la misma no puede hacerse sin estudiar el documento EUROPEAN COMMISSION (2023c).

⁴⁹ En esta materia son tres los nuevos instrumentos jurídicos: (i) el Reglamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, *relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo* Texto pertinente a efectos del EEE [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401624]; (ii) el Reglamento (UE) 2024/1620 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, *por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010, (UE) n.º 1094/2010 y (UE) n.º 1095/2010* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401620]; y (iii) la Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, *relativa a los mecanismos que deben establecer los Estados miembros a efectos de la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, por la que*

tra la trata de seres humanos⁵⁰, (vi) la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁵¹ y (vii) la recuperación y decomiso de activos⁵².

Con anterioridad, sentando muchas de las bases que han permitido estos avances específicos un lustro después, vió la luz la Directiva en materia de protección de aquellas personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁵³. Una norma altamente demandada —al menos socialmente— como parte de la estrategia de la comunidad europea —e internacional— para prevenir actos de fraude y corrupción —y otros muchos

se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y se modifica y deroga la Directiva (UE) 2015/849 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401640].

⁵⁰ Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401712].

Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401760&utm_campaign=Legislaci%C3%B3n%20Diaria%205%20de%20julio%20de%202024&utm_medium=email&utm_source=Mailjet].

⁵¹ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401760&utm_campaign=Legislaci%C3%B3n%20Diaria%205%20de%20julio%20de%202024&utm_medium=email&utm_source=Mailjet].

⁵² Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401260].

⁵³ Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937].

Hasta la fecha esta Directiva ha sido modificada en cuatro ocasiones por los siguientes instrumentos normativos: (i) Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R1503]; (ii) Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925]; (iii) Reglamento (UE) 2024/573 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de febrero de 2024, sobre los gases fluorados de efecto invernadero, por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, y se deroga el Reglamento (UE) n.º 517/2014 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202400573]; y (iv) la D. 2024/1640.

hechos criminales complejos y graves, y en ocasiones transnacionales—⁵⁴, así como para facilitar su persecución, tomando como referentes los resultados alcanzados en materias sectoriales como el medio ambiente, la seguridad del transporte y los servicios financieros. Y ello por entender que su crecimiento continuo y exponencial suponen un riesgo fundamental para la pervivencia del proyecto de integración europeo, que pivota sobre el euro y los intereses financieros comunitarios, por lo que devienen en objetos fundamentales a ser salvaguardados⁵⁵ en interés de las administraciones, las empresas y los ciudadanos.

Se ha creado un marco común de protección de los que estén en condiciones de actuar como *whistleblowers*, garantizando —al menos sobre el papel— que puedan hacerlo venciendo a las represalias de las que puedan ser objeto⁵⁶, y complementariamente mereciendo una especial atención la protección de datos como política esencial de la Unión⁵⁷.

La exposición de los datos actuales con relación a la problemática que concurre con las denuncias con relación a hechos de fraude y corrupción, los cuales se espera que sean revertidos por una aplicación eficiente y efectiva de la Directiva, y al mantenerse —e incluso agravarse con el paso de los años—, nos puede dar una idea del campo de trabajo en el que de manera decidida se propuso actuar el legislador europeo⁵⁸. Dentro de los datos más relevantes, indicando en primer término los europeos y a continuación los portugueses, apuntamos los siguientes:

- a) el 85% [70%] de las personas que han sufrido un caso de corrupción no lo han denunciado;
- b) el 54% [51%] no sabía dónde debía denunciar los hechos;
- c) las razones por las cuales no se denuncian esos caso no por conocidas no dejan de ser impactantes: el 47% [37%] por las dificultades de acreditar mínimamente los hechos denunciados, el 30% [42%] por las dudas que se le plantean respecto a la tramitación de la denuncia y a la posible exigencia de responsabilidades a los denunciados, el 28%

⁵⁴ En esa misma línea de trabajo la propuesta de Directiva sobre la lucha contra la corrupción de 2023, tal y como enfatizan CLEMENTUCCI & MIEKINA (2023: 277), sienta las bases para que por medio de campañas de sensibilización y programas de investigación y educación para revertir los incentivos que generan los casos de corrupción se pueda construir un sistema de integridad eficaz.

⁵⁵ Vid. ZOLI (2023: 279 y ss.).

⁵⁶ Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024a: 6 y ss.).

⁵⁷ Vid. TASSINARI (2024).

⁵⁸ EUROPEAN UNION (2023b: 70 y ss.).

- [43%] por entender que los denunciantes no son objeto de protección adecuada frente a posibles represalias, el 23% [18%] porque no sabe dónde denunciar, el 21% [11%] porque no se quiere traicionar a otra persona, el 20% [14%] debido a que saben que hay otras personas que son conocedoras de los mismos hechos y no han actuado frente a ellos, el 19% [19%] retraídos por entender que denunciando se le van a generar problemas con la Policía y con otras autoridades, y el 18% [26%] porque al final coligen que no vale la pena reportar los hechos; y
- d) en caso de que se quiera presentar una denuncia por un caso de corrupción, en quien más se confía es en la Policía (61% [60%]), seguido de los Tribunales y el Ministerio Público (24% [16%]), los medios de comunicación y los periodistas (17% [19%]), el Defensor del Pueblo (15% [9%]), una agencia especializada en el tratamiento de los casos de corrupción (13% [26%]), en asociaciones y organizaciones no gubernamentales (8% [4%]), en los sindicatos (7% [2%]), en los representantes políticos nacionales y locales (4% [1%]) o en las instituciones de la Unión Europea (4% [3%]).

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

En Portugal, la trasposición de la Directiva europea de *whistleblowers* por medio de la Ley 93/2021 sobre el establecimiento del régimen general de protección de los denunciantes de infracciones⁵⁹, ha venido a colmar el marco jurídico previo, tímido y disperso⁶⁰, deficitario⁶¹ y evolucionado en las tres últimas décadas⁶², en las que partiendo de los aprendizajes tenidos en el ámbito privado⁶³ se han ido produciendo avances parciales en

⁵⁹ Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro. *Estabelece o regime geral de proteção de denunciante de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União* (Diário da República n.º 244/2021, Série I) —en adelante L. 93/2021—.

⁶⁰ FREITAS (2021: 577).

⁶¹ Así es calificado por TEIXEIRA ALVES (2021: 266), a consecuencia de que no se prevén ampliaciones de la protección a denunciantes que no sean funcionarios o trabajadores, la garantía de confidencialidad, la obligación de retorno informativo en tiempo al denunciante, la institucionalización formal de canales de denuncia diligentes, libres y creíbles, y garantías de no represalias, incluidas las amenazas.

⁶² Vid. TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE (2013 y 2020), RAMOS (2018: 4 y ss.) y BRANDÃO (2020: 105 y ss.).

⁶³ Vid. MAIA (2012).

materias particulares, pero apreciándose un progresivo intento de complementariedad mantenida entre todas las herramientas jurídicas y la filosofía que detrás de ellas late: ética, integridad, gestión de riesgos y promoción de la calidad en la gestión pública⁶⁴. Todo ello con especial atención a la incidencia que tienen en materia de enfrentamiento integral al problema de la corrupción, fundamentalmente por parte de un Poder Judicial, que dista bastante de gozar de una gran legitimidad anclada fundamentalmente en la percepción de su independencia⁶⁵.

Pocos días antes de la promulgación de la Ley, se aprobó⁶⁶ la creación del Mecanismo Nacional Anticorrupción (MENAC) como autoridad administrativa independiente que tiene que actuar conforme a las garantías de independencia e imparcialidad y en conexión interinstitucional con otras autoridades nacionales (Policía Judicial, Ministerio Público, Dirección General de Política de Justicia, Tribunal de Cuentas) y con las equivalentes de otros Estados, fundamentalmente con aquellas que sean competentes en casos de corrupción y delitos conexos, así como con las que se puedan determinar por las organizaciones internacionales dedicadas a estas materias, y también con asociaciones de la sociedad civil y con otras entidades de Derecho público o privado⁶⁷.

Al MENAC se le atribuyen numerosas competencias, preventivas y de facilitación del control de la corrupción⁶⁸ —entendida en sentido amplio, *per*

⁶⁴ Vid. VILLORIA MENDIETA (2021), MAIA (2021: 336 y ss.), FONSECA & DE PITTA SIMÕES (2022) y GUIMARÃES (2023).

⁶⁵ Son de todo punto esclarecedores los datos presentados por la Comisión Europea con relación a como los ciudadanos, en este caso los portugueses, perciben la independencia de su sistema judicial nacional: el 63% considera que los jueces y magistrados disponen de un estatuto y una posición en la que se garantiza suficientemente su independencia —siendo la media europea el 77%—, y no reciben interferencias o presiones de sectores influyentes como los económicos y financieros (70%), gobernantes y políticos (69%) [EUROPEAN COMMISSION (2024a: 3 y ss.)], valoración que el sector privado empresarial realiza de forma más negativa [EUROPEAN COMMISSION (2024b: 10 y ss.)], lo que lleva al 42% de la población encuestada a considerar que el sistema judicial portugués es «bastante malo» o «muy malo» [EUROPEAN COMMISSION (2023b: 3 y ss.)].

⁶⁶ Por el Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro. *Cria o Mecanismo Nacional Anti-corrupção e estabelece o regime geral de prevenção da corrupção* (Diário da República n.º 237/2021, 1.º suplemento, Série I) —en adelante DL. 109-E/2021—. Con relación al mismo véase GARCÍA MARQUES (2021: 596 y ss.), MENEZES LEITÃO (2021), SANTOS CABRAL (2021) y COROADO & ROLO (2021).

⁶⁷ Art. 7.1 DL. 109-E/2021.

⁶⁸ Para ampliar este enfoque preventivo de la Estrategia Nacional Anticorrupción véase FERREIRA LEITE (2021) y JACOB MORAIS (2021). Y ALFAR RODRIGUES (2024: 27 y ss.) que

se y por su conexión con otros delitos conexos⁶⁹—, lo que en pocos meses lo ha convertido en el motor anticorrupción portugués sobre el que pivotan todas las estrategias, políticas y acciones del Estado, también pensando en la recuperación —nacional e internacional— de los activos detraídos ilegítimamente⁷⁰, lo que da lugar a una mayor lógica economicista en los principios, esquemas y actores del sistema penal⁷¹.

El Mecanismo tiene efecto directo en el sector privado y en la población, entre las que destacamos⁷²:

- a) desarrollar, conjuntamente con los miembros del Gobierno responsables de las áreas de administración pública, enseñanza superior y educación, la adopción de programas e iniciativas destinadas a crear una cultura de integridad y transparencia, que abarque todas las áreas de la gestión pública y todos los niveles educativos;
- b) apoyar a los organismos públicos en la adopción y aplicación de programas de cumplimiento normativo;
- c) recabar y organizar información sobre la prevención y persecución de la corrupción activa o pasiva, la percepción y ofrecimiento indebidos de una ventaja, el tráfico de influencias, el fraude en la obtención o desvío de una subvención, ayuda o crédito, la malversación de caudales públicos, la mala administración, la malversación, la participación económica en una empresa, el abuso de poder, el incumplimiento del deber de secreto y el blanqueo de las ventajas derivadas de estos delitos, así como la adquisición de bienes inmuebles o valores mobiliarios como consecuencia de la obtención o utilización ilícitas de información privilegiada en el ejercicio de funciones en la Administración Pública o en el sector público empresarial;

presenta los —malos— datos que se daban en las investigaciones de la corrupción en Portugal, así como el tránsito legislativo de las reformas de referencia en esta materia.

⁶⁹ En sentido estricto, y a los efectos del régimen general portugués anticorrupción, el término «corrupción» —y las infracciones conexas— se circunscriben a los tipos penales de recepción y ofrecimiento indebidos de ventaja, malversación, participación económica en negocio, concusión, abuso de poder, prevaricación, tráfico de influencias, blanqueo de capitales o fraude en la obtención o desvío de subvención, ayuda o crédito, previstos en el Código Penal portugués. *Vid.* GARCIA MARQUES (2021: 584) y MONIZ & CARDADOR (2021).

⁷⁰ *Vid.* FONTES & DA CRUZ (2021: 59 y ss.) y DESTERRO FERREIRA, LOPES CARDOSO & CONDE CORREIA (2021).

⁷¹ *Vid.* LUZ DOS SANTOS (2022b: 73 y ss.).

⁷² *Cfr.* art. 2.3 DL. 109-E/2021.

- d) elaborar y difundir periódicamente información sobre la corrupción y los delitos conexos y desarrollar campañas para prevenirlos;
- e) crear bancos de información y operar una plataforma de comunicación que facilite el intercambio de información sobre estrategias y mejores prácticas para la prevención, detección y persecución de la corrupción y delitos conexos entre los organismos públicos con responsabilidades en la prevención y persecución de la corrupción y delitos conexos;
- f) asistir al Gobierno, por petición suya o a iniciativa propia, en la definición y aplicación de políticas relativas a la prevención, detección y represión de la corrupción y delitos conexos;
- g) supervisar, en colaboración con las Inspecciones Generales u órganos similares competentes y las Inspecciones autonómicas, la calidad, eficacia y actualización de los instrumentos de cumplimiento normativo adoptados por la Administración Pública y el sector público empresarial para prevenir la corrupción y los delitos relacionados con la misma; y
- h) desarrollar, fomentar o patrocinar, por sí misma o en colaboración con otras organizaciones, estudios, encuestas, publicaciones, actividades de formación y otras iniciativas similares.

Además de regular el MENAC, se aprovechó el mismo instrumento jurídico para regular el régimen general de prevención de la corrupción, aplicable, entre otras⁷³, a las personas jurídicas que tengan su domicilio social en Portugal y que empleen a 50 o más trabajadores, y también, con la misma exigencia de personal contratado, a las sucursales establecidas en territorio portugués aunque sean de personas jurídicas que tengan su sede en el extranjero⁷⁴. A ellas se les obliga a tener un programa de cumplimiento normativo —*compliance program*—, y un responsable del mismo —*Compliance Officer*—, que con el objetivo de prevenir, detectar y sancionar los actos de corrupción y delitos relacionados realizados contra o a través de la entidad, al menos, incluya:

- a) un plan de prevención de riesgos de corrupción y delitos relacionados⁷⁵;

⁷³ Art. 2.º DL. 109-E/2021.

⁷⁴ *Vid.* DE PITA SIMÕES & FONSECA (2021).

⁷⁵ *Vid.* el art. 6.º DL. 109-E/2021.

- b) un código de conducta⁷⁶;
- c) un programa de formación⁷⁷; y
- d) un canal de denuncias —interno, *solamente*—, estando obligadas las entidades a dar seguimiento a las que se presenten so pena de tener que hacer frente a responsabilidad por cometer infracciones administrativas⁷⁸.

Una estrategia preventiva que se complementó con la aprobación de unas esperadas normas procesales penales⁷⁹ que han servido para completar el sistema penal portugués, que en 2007 modificó su Código Penal para introducir la responsabilidad de las personas jurídicas.

Resulta de gran interés dejar constancia sucinta de algunos de los regímenes especiales de denuncia y mecanismos de *compliance*, los cuales han contribuido a allanar el camino del legislador portugués de finales de 2021⁸⁰ el cual, a su vez, los ha actualizado y acompasado al marco general expuesto previamente⁸¹:

- a) El Decreto Ley de Servicios Financieros de 1992⁸² ha contemplado un sistema de comunicación de irregularidades conforme al cual las entidades de crédito están obligadas a implantar medios específicos, independientes, autónomos y adecuados para recibir, procesar y archivar las notificaciones de irregularidades graves relativas a su administración, organización contable y supervisión interna, así como de indicios graves de incumplimiento de los deberes establecidos legalmente, los cuales, además, tienen que garantizar la confidencialidad de las denuncias recibidas y la protección de los datos personales

⁷⁶ Vid. el art. 7.º DL. 109-E/2021.

⁷⁷ Vid. el art. 9.º DL. 109-E/2021.

⁷⁸ Art. 8.º DL. 109-E/2021.

⁷⁹ Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro. *Aprova medidas previstas na Estratégia Nacional Anti-corrupção, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas* (Diário da República n.º 245/2021, Série I). Sobre la misma véase LATAS (2021) y LUZ DOS SANTOS (2022a y 2022b).

⁸⁰ El cual, como indica acertadamente FREITAS (2021: 579 y ss.), disponía de varias opciones legislativas —cada una con sus pros y contras— una vez que en 2019 se aprobó la Directiva comunitaria de referencia.

⁸¹ Más en detalle con relación a algunos de ellos véase TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2013: 6 y ss.), RAMOS (2018: 16 y ss.) y DÁ MESQUITA (2021: 633 y ss.).

⁸² Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro. *Aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras* (Diário da República n.º 301/1992, Série I-A).

tanto del denunciante, como de la persona sospechosa de haber cometido el delito.

- b) El Decreto Ley de valores mobiliarios de 1999⁸³ que regulaba canales de denuncia en la actuación de los intermediarios financieros y las sociedades de inversión colectiva.
- c) En la Ley de protección de la competencia de 2012⁸⁴, la depuración de las responsabilidades por prácticas restrictivas de la misma (acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas, abusos de la posición dominante y de la dependencia económica), la aportación de informaciones por parte de las empresas investigadas pueden afectar al desarrollo del procedimiento y a las consecuencias jurídicas que en el mismo se puedan fijar. Y ello porque se prevé que ante la Autoridad de la Competencia la empresa afectada presente un acuerdo de transacción en el que reconoce su responsabilidad por los hechos imputados y acepta la sanción que le corresponde, la cual, salvo que las aportaciones que presente sean calificadas de infundadas⁸⁵, puede ser condonada o reducida como consecuencia de su colaboración⁸⁶.
- d) La Ley sobre combate del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de 2017⁸⁷ establece detalladamente un régimen de denun-

⁸³ Decreto-Lei n.º 489/99, de 13 de novembro. *Apróva o novo Código dos Valores Mobiliários (Diário da República n.º 265/1999, Série I-A).*

⁸⁴ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. *Apróva o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro (Diário da República n.º 89/2012, Série I).*

⁸⁵ Véase CÁMARA (2012), que precisamente sobre este punto ancló su posicionamiento dubitativo con relación al uso de los *whistleblowers* en Portugal.

⁸⁶ Sobre esta materia véase BRAATEN & TSAI (2023), quienes demuestran empíricamente que es mucho más probable que las sanciones pecuniarias impuestas a los infractores corporativos sean más bajas cuando los acusados han llegado a acuerdos negociados —de no enjuiciamiento, de enjuiciamiento diferido o de declaración de culpabilidad— con la Fiscalía. Una institución que, por otro lado, en los casos de corrupción se encuentra en una dificultosa tesitura institucional, como estudian ARLEN & KAHAN (2017), MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022), MOTA PRADO, KERCHE & MARONA (2024) y OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS (2024).

⁸⁷ Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. *Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho (Diário da República n.º 159/2021, Série I).* También hay que considerar la Lei n.º 58/2020, de 31

cia de irregularidades en la materia en favor de cualquier persona que tenga conocimiento de ellas, quienes podrán hacer uso de canales específicos, independientes y anónimos que garanticen internamente, de forma adecuada, la recepción, tramitación y archivo de las denuncias que presenten⁸⁸. Estas personas están protegidas por la normativa de protección de datos y con la garantía de confidencialidad, hasta el momento en que esta información sea necesaria para salvaguardar los derechos de defensa de los afectados por su denuncia, en el marco de las investigaciones a que dé lugar o de procedimientos judiciales posteriores. Además, las entidades obligadas por esta normativa quedan constreñidas a abstenerse de cualquier amenaza o acto hostil frente al colaborador y, en particular, de cualquier práctica laboral desfavorable o discriminatoria. Por último, incluye esta Ley una clarificación sobre la responsabilidad que asume quien reporta informaciones y datos, sobre la base de la buena fe, que no por sabida deja de ser menos importante su recuerdo: las denuncias que se presenten no podrán servir por sí mismas de base para ningún procedimiento disciplinario, civil o penal contra el denunciante, a menos que sean deliberada y manifiestamente *infundadas*.

- e) El Código de Proceso Penal portugués de 1987⁸⁹, además de establecer que los funcionarios públicos están obligados a presentar denuncias con relación a los delitos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones y a causa de ellas, contempla un régimen de denuncias anónimas ante el Ministerio Público y la Policía, que

de agosto. *Transpõe a Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e a Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal, alterando diversas leis (Diário da República n.º 169/2020, Série I)*. Sobre ellas véase LUZ SOARES (2021: 252 y ss.).

⁸⁸ En esta materia y con relación al catálogo de sujetos obligados se produce desde siempre un campo de tensión con relación a los abogados. Por ello no hay que olvidar que la D. 2019/1937, en su artículo 3.3, indica que la misma no afectará a la aplicación del Derecho de la Unión o nacional relativo a, entre otros, la protección del secreto profesional de los abogados.

⁸⁹ Decreto-Lei n.º 78/1987, de 17 de fevereiro. *Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929 (Diário da República n.º 40/1987, Série I)*.

solamente puede dar lugar a la iniciación de una investigación cuando proporcione pruebas de un delito penal o si es constitutiva de delito⁹⁰.

III. ENTRADA EN VIGOR Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La entrada en vigor de la Ley portuguesa, que debe ser entendida estudiada como un *sistema* de procedimientos y personas actuantes⁹¹, se ha producido en bloque, sin el escalamiento que permite la Directiva en función del número de empleados de las empresas⁹²: el 18 de junio de 2022, una vez que han transcurrido 180 días desde la publicación oficial⁹³. Y también a las sucursales portuguesas de personas jurídicas que tengan su domicilio social en el extranjero.

En cuanto al ámbito material, en correspondencia con la amplísima rotulación de la Ley —«infracciones»—, la norma recoge acciones y omisiones que se produzcan con relación a:

- a) temáticas priorizadas por la Unión Europea (contratación pública; servicios, productos y mercados financieros; prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; seguridad y conformidad de los productos; seguridad en el transporte; protección del medioambiente; protección contra las radiaciones y seguridad nuclear; seguridad de los alimentos y piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; salud pública; protección de los consumidores; protección de la privacidad y los datos personales y seguridad de las redes y los sistemas de información), que en sus actuaciones toma en con-

⁹⁰ Sobre este punto véase PATRÍCIO (2022: 172 y ss.).

⁹¹ Así es calificado por DE PITA SIMÕES (2021: 42 y ss.), quien pone en dedo en la llaga con relación a la cuestión personal e institucional concurrente en esta materia, en la que van a tener participación, además de los letrados de la organización y sus representantes legales, auditores, oficiales de cumplimiento, responsables de protección de datos, encargados de tramitar denuncias, etc., los cuales deben estar debidamente coordinados y tener claras sus competencias, que ni son ni pueden ser la mismas, tal y como el mismo autor ya explicó en DE PITA SIMÕES (2017: 12 y ss.).

⁹² No obstante, el art. 8.º.3 L. 93/2021 permite que en el mismo rango de entre 50 y 249 trabajadores las entidades obligadas a tener un canal interno de denuncias y que no sean de Derecho público puedan compartir recursos a la hora de recibir denuncias y hacer un seguimiento de las mismas.

⁹³ Esta dilación portuguesa en la entrada en vigor de la legislación de la trasposición de la Directiva fue reprochada por la Comisión Europea. Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_22_601.

- sideración los bienes públicos y los posibles daños que les pueden afectar⁹⁴;
- b) intereses financieros comunitarios;
 - c) alteraciones de las reglas del mercado interno en términos comunitarios, incluyendo las normas sobre competencia y ayudas estatales, así como las relativas al impuesto de sociedades;
 - d) la criminalidad violenta, especialmente cuando está organizada o cuando los hechos cometidos afecten al sistema económico-financiero; y
 - e) la defensa y seguridad nacional, pero solamente cuando las acciones y omisiones sean contrarias a las normas europeas de contratación pública.

A la vista de ello, los ámbitos comprendidos por la Ley son todos los que están —incluso más que los listados que de manera dinámica⁹⁵ se prevén en la Directiva⁹⁶—, aunque no están todos los que son, tal y como pasa con aspectos esenciales en las relaciones laborales⁹⁷.

Si nos referimos ahora al ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, comentar en primer término que el legislador portugués llama a las cosas por su nombre: a la persona —física, que no jurídica⁹⁸— que colabora ac-

⁹⁴ *Vid.* ÖBERG (2024: 19 y ss.).

⁹⁵ Esta idea es plasmada en la Consideración 19 de la D. 2019/1938: «[S]e debe entender la remisión a los actos de la Unión que figuran anexo como una referencia dinámica, de conformidad con el sistema normal para hacer referencia a los actos jurídicos de la Unión. De este modo, si un acto de la Unión que figura en el anexo ha sido modificado o se modifica, la remisión se hace al acto modificado; si un acto de la Unión que figura en el anexo ha sido sustituido o se sustituye, la remisión se hace al nuevo acto».

⁹⁶ Extensión que la misma permite en su art. 2.2.

⁹⁷ TEIXEIRA ALVES (2021: 278).

⁹⁸ En RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024b: 220 y ss.) ya hemos señalado la insuficiencia de esta catalogación por excluir a las personas jurídicas, cuando es sabido que algunas de ellas como sindicatos, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales o asociaciones sirven para trasladar a las autoridades competentes hechos —y sujetos— significativos en los campos de aplicación de la Directiva, ofreciendo con ello un plus de protección jurídica y psicológica a las personas físicas de las que parten los reportes de los hechos y las evidencias que lo sustentan. Nadie puede negar que estas personas jurídicas pueden sufrir daños, como los previstos en el art. 19.k D. 2019/1937: los afectantes a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio e ingresos; o también la revocación de una licencia o permiso (art. 19.n D. 2019/1937). Con este planteamiento y con relación a las actuaciones en España de la Agencia Valenciana Antifraude, la Ley 3/2024, de 27 de junio, de la Generalitat Valenciana, *de modificación de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de prevención y lucha contra el fraude y*

tivamente con la justicia portuguesa al amparo de la L. 93/2021, haciendo uso de uno de los «canales de denuncia» privados y públicos, se la llama «denunciante»⁹⁹, un término asentado en la cultura jurídica continental, también en la portuguesa¹⁰⁰, que escapa de una visión más pragmática y economicista como la angloamericana y, de paso, como no podría ser de otra forma en un texto normativo, de otros términos más sesgados —en lo negativo, como «chivato» o «delator»— o taimados —como «alertante» o «colaborador»— por el acervo popular¹⁰¹.

En la sempiterna de quienes son los elegidos para engrosar el término «denunciante»¹⁰², la Ley es ampliamente incluyente¹⁰³: son denunciantes las personas —físicas— que denuncien o revelen públicamente un delito basándose en las informaciones obtenidas en el ejercicio de su actividad profesional¹⁰⁴, independientemente de la naturaleza de esta actividad y del

la corrupción de la Comunitat Valenciana (Diari Oficial de la Generalitat Valenciana n.º 9880, de 28 de junio), en el art. 14.1.a) se amplía la definición de denunciante a todas aquellas que alertan, comunican o revelan informaciones, tanto sean personas físicas como personas jurídicas.

⁹⁹ La misma D. 2019/1937, en el catálogo de definiciones del art. 5, usa el término «denunciante» que ya ha usado en el artículo precedente al marcar el ámbito de aplicación material de la Directiva y lo refiere a aquella «una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales». Véase en sentido contrario a la utilización del término «denunciante» COLVIN, GALIZZI & NAD (2021: 6) y DELGADO MARTÍN (2022: 4), entre otras cuestiones por vincular al denunciante estrictivamente al proceso penal y no a actuaciones previas ante organizaciones privadas y públicas.

Recordamos aquí, desde un planteamiento axiológico, cómo FERNÁNDEZ AJENJO (2024: 192) nos recuerda que «quien comunica a las autoridades públicas hechos fraudulentos o irregulares es un buen ciudadano que está cumpliendo con un deber moral democrático (apoyar al imperio de la ley) y de justicia (permitir la sanción del infractor)». Véase además TAVARES DA SILVA (2023: 176 y ss.).

¹⁰⁰ Así, en los artículos 241 y siguientes del Código de Proceso Penal la denuncia está regulada como una de las vías por las que el Ministerio Público puede tomar conocimiento de los hechos criminales.

¹⁰¹ Vid. GARCIA MARQUES (2021: 588 y ss.) y FONSECA DE ALMEIDA (2022).

¹⁰² Véase, por ejemplo, DYCK, MORSE & ZINGALES (2010).

¹⁰³ Por el contrario, en el art. 7.º.4 L. 93/2021 se niega la condición de beneficiario de la protección legal por el reporte de información a la persona que se la transmite a un medio de comunicación o a un periodista en casos no previstos en el art. 7.º.3 L. 93/2021; pese a ello, se puede analizar si como periodista le son aplicables las reglas de secreto profesional y de protección de fuentes.

¹⁰⁴ Según el art. 5.9 D. 2019/1937, el «contexto laboral» que sirve como presupuesto de la protección del denunciante se entiende que son «las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de

sector en el que se desarrolle. E, inmediatamente, particulariza esta condición en: (i) los trabajadores del sector privado, social o público; (ii) los prestadores de servicios, contratistas, subcontratistas y proveedores, así como las personas que actúen bajo su supervisión y dirección; (iii) los titulares de participaciones y las personas que formen parte de los órganos de administración o de dirección o de supervisión de personas jurídicas, incluidos los miembros no ejecutivos; y (iv) los voluntarios y becarios, remunerados o no¹⁰⁵.

A todas estas personas, con independencia de la vía que utilicen para denunciar —interna o externa—, y el medio —verbal o escrito¹⁰⁶—, se les va a brindar un estatus de garantías —confidencialidad¹⁰⁷ y tratamiento de sus datos personales¹⁰⁸— y de medidas de protección y de apoyo¹⁰⁹ frente a las represalias que pudieren sufrir por mor de su colaboración, las cuales

dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información». Siendo así por ello MARQUES DA SILVA (2020: 20) indica que la denuncia se convierte, por una parte, en un medio de prevención general del ilícito y, por otra, en un incentivo preventivo para que los profesionales no participen por acción o por omisión en la práctica de ilícitos por miedo a dañar su carrera profesional.

¹⁰⁵ Y más: el marco de tutela también acoge, con las matizaciones oportunas (arts. 5.º.3 y 6.º.2, 3 y 4 L. 93/2021), a: (a) las personas que actúen sobre la base de los hechos conocidos a consecuencia de haber mantenido una relación profesional que ya ha finalizado, o a partir de un proceso de contratación u otra fase de negociación precontractual de una relación profesional establecida o no establecida; (b) las personas que asistan al denunciante en el procedimiento de denuncia y cuya asistencia deba ser confidencial, incluidos los representantes sindicales o los representantes de los trabajadores; (c) los terceros vinculados al denunciante —compañeros de trabajo o familiares— y que puedan ser objeto de represalias en un contexto profesional; (d) las personas jurídicas o entidades similares que sean propiedad del denunciante o estén bajo su control, para las que trabaje el denunciante o con las que esté relacionado de otro modo en un contexto profesional; (e) el denunciante anónimo que posteriormente sea identificado, siempre que venga actuando de buena fe; y (f) el sujeto que presente una denuncia externa que aunque no haya cumplido las reglas marcadas legalmente en el momento de su presentación ello sea consecuencia de su desconocimiento irreprochable.

¹⁰⁶ Con relación al uso de nuevas tecnologías en esta tarea véase DOS SANTOS MATÍAS (2023: 264 y ss.).

¹⁰⁷ Art. 18.º L. 93/2021. Sobre las limitaciones y los desincentivos que esta regulación de mínimos puede significar para quienes vayan a denunciar véase DUARTE GONÇALVES (2023: 144 y ss.).

¹⁰⁸ Art. 19.º L. 93/2021.

¹⁰⁹ Según el art. 22.º L. 93/2021, los denunciantes tienen derecho, en términos amplios, a ser protegidos jurídicamente, así como a poder beneficiarse de las medidas de protección de testigos en causas criminales.

son indisponibles¹¹⁰. Aquí, la Ley opta por recoger una descripción general de lo que entiende por «represalia» y dónde se puede producir¹¹¹, desgrana situaciones concretas —cometidas o intentadas¹¹²—, incluso futuras¹¹³, pensando no sólo en las entidades y autoridades que tienen que admitir y tramitar las denuncias como en los —muchos— llamados a colaborar con la administración de justicia portuguesa¹¹⁴:

- a) cambios en las condiciones de trabajo (en las funciones, el horario, el lugar de trabajo o la remuneración, la falta de promoción del trabajador o el incumplimiento de los deberes laborales);
- b) la suspensión del contrato de trabajo;
- c) la evaluación negativa del rendimiento o referencia negativa a efectos de empleo;
- d) la no conversión de un contrato de trabajo de duración determinada en un contrato indefinido, siempre que el trabajador tuviera expectativas legítimas de dicha conversión;
- e) la no renovación de un contrato de trabajo de duración determinada;
- f) el despido;
- g) la inclusión en una lista, sobre la base de un acuerdo sectorial, que podría conducir a la imposibilidad al demandante de encontrar empleo en el futuro en el sector o industria de que se trate;
- h) rescisión de un contrato de suministro o de servicios; y
- i) revocación de un acto o resolución de un contrato administrativo.

¹¹⁰ Por ello el art. 26.º L. 93/2021 primero indica que los derechos y garantías previstos en la Ley ni pueden ser renunciados ni pueden sufrir limitaciones con base en un acuerdo, y además que son nulas las disposiciones contractuales que limiten u obsten la presentación o el seguimiento de denuncias o la divulgación pública de las infracciones contempladas en la Ley.

¹¹¹ Son todas las acciones u omisiones que, directa o indirectamente, ocurren en un contexto profesional y motivado por una denuncia interna o externa o una revelación pública, y que causen o puedan causar al denunciante, de manera injustificada, un perjuicio pecuniario o no pecuniario, a decir del art. 21.º.2 L. 93/2021. *Vid.* PATRÍCIO (2022: 169 y ss.), que particulariza y ejemplifica tanto las conductas posibles como las probables que pueden ser dirigidas frente a un alertador.

¹¹² Art. 19.º.3 L. 93/2021.

¹¹³ Y ello porque el art. 21.º.7 L. 93/2021, dentro de la regulación de las represalias, presume que es *abusiva* la sanción disciplinaria que se pueda aplicar a un denunciante hasta dos años después de la denuncia o revelación pública. Una limitación temporal *corta* que se suma a otros desincentivos que se dan en la legislación portuguesa, por mucho que la presunción pudiera ser revertida por la actividad alegatoria del denunciante.

¹¹⁴ Art. 19.º.6 L. 93/2021.

Es destacable en este punto, cómo de manera rotunda —¿y desincentivadora¹¹⁵?— el sistema portugués de protección de denunciantes se ancla en la presunción de que el denunciante actúa de «buena fe», entendida como que la persona física que colabora considera de manera fundada que la información que transmite por cualquiera de las vías previstas legalmente en el momento de hacerlo, es *veraz*¹¹⁶, sin que puedan entrar en juego al analizar la protección o no del denunciante los motivos que le llevan a hacerlo¹¹⁷.

Un denunciante, además, que es blindado en sus actuaciones de denuncia, estrictamente consideradas y no más allá¹¹⁸, siempre y cuando cumpla las indicaciones y procedimientos contenidos en la Ley y con sus informaciones y aportaciones no cometa ningún delito. Así, expresamente se dispone¹¹⁹:

- a) que la denuncia o revelación pública de una infracción, realizada de acuerdo con los requisitos impuestos por esta ley, no constituye en sí misma un motivo de responsabilidad disciplinaria, civil o penal del denunciante;
- b) que el denunciante que comunique o revele públicamente un delito no será responsable de la violación de las restricciones a la comunicación o divulgación de la información contenida en la denuncia o divulgación pública; y

¹¹⁵ Así lo entendemos por cuanto la Directiva es mucho más laxa, que no discrecional ni arbitraria, cuando, por ejemplo, al definir en el art. 5.2 la «información sobre infracciones», reúne la «información, incluidas las *sospechas razonables*, sobre infracciones *reales o potenciales*, que se hayan *producido* o que *muy probablemente puedan producirse* en la organización en la que trabaje o haya trabajado el denunciante o en otra organización con la que el denunciante esté o haya estado en contacto con motivo de su trabajo, y sobre intentos de ocultar tales infracciones». Y, de manera mucho más clara, en su Considerando 32 se indica que «los denunciantes deben tener *motivos razonables* para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos. [...] [E]l requisito garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique *información inexacta* sobre infracciones por error cometido de buena fe». En ambos casos la cursiva es nuestra.

¹¹⁶ Art. 6.º.1 L. 93/2021.

¹¹⁷ *Vid.* de nuevo el mismo Considerando 32 de la D. 2019/1937.

¹¹⁸ Por ello, el art. 24.º.4 L. 93/2021 no exonera de responsabilidad a los denunciantes que por sus actos u omisiones ajenos a la denuncia o revelación pública, o que no sean necesarios para la denuncia o revelación pública de un delito en los términos de la Ley.

¹¹⁹ Art. 24.º.1 a 3 L. 93/2021.

- c) que el denunciante que informe o revele públicamente un delito no es responsable de la obtención o acceso a la información que motiva la denuncia o revelación pública, salvo en los casos en que la obtención o el acceso a la información constituya una infracción penal.

Nada de lo señalado hasta ahora debe conducir a pensar que la posición jurídica de las personas implicadas en las infracciones denunciadas son ignoradas legalmente y opacadas en la socialización de la Ley, puesto que de forma manifiesta, se dispone primero que el régimen legal de protección del informante se entiende sin perjuicio de los derechos o garantías procesales reconocidos, con carácter general, a las personas que en la denuncia o en la divulgación pública sean identificadas como autoras del delito o asociadas al mismo, entre ellas, la presunción de inocencia y las garantías de defensa del proceso penal¹²⁰, también que las disposiciones de la norma sobre la confidencialidad también les son aplicables, y que las instituciones implicadas en este sistema portugués de protección de informantes tienen que aportar públicamente, de manera completa y clara, información sobre estos derechos y la manera de poderlos defender¹²¹.

IV. RÉGIMEN ESPECÍFICO

La Ley portuguesa regula, priorizada y rígidamente¹²², los mismos medios de denuncia y divulgación pública contenidos en la Directiva de referencia, los cuales están revestidos de las correspondientes garantías¹²³.

Primeramente indica cuándo se pueden utilizar los canales de denuncia externa —si no existe la posibilidad de la vía interna o si habiéndola

¹²⁰ En defensa de las mismas, llamando la atención sobre el proceso penal de la nueva era, que es la era de la postmodernidad y también de la postverdad, véase MARQUES DA SILVA (2020: 20).

¹²¹ Véase el art. 25.º 4 L. 93/2021.

¹²² Y ello porque no se acoge en la legislación portuguesa la *alternatividad* entre las vías de denuncia con relación a cómo están previstas en los artículos 7 y siguientes de la D. 2019/1937. Así por ejemplo, mientras que en Portugal el uso de los canales internos es obligatorio en muchas situaciones, salvo su insuficiencia, en el artículo 10 de la D. 2019/1937 se deja al denunciante libertad en la utilización de los canales internos o externos.

¹²³ En el art. 9.º 4 L. 93/2021 se establece, por ejemplo, que quienes gestionan los canales de denuncia —internos— deben tener garantizada, en el ejercicio de sus funciones, independencia, imparcialidad, confidencialidad, protección de datos, secreto y ausencia de conflictos de intereses.

presenta limitaciones¹²⁴— o la divulgación pública de la infracción —tanto cuando han fallado las dos vías anteriores como si concurren situaciones de urgencia y gravedad—.

El canal interno, de obligatoria creación para muchas entidades¹²⁵, debe ajustarse a un diseño y mecanismos de gestión seguros, que garanticen la confidencialidad de la identidad del denunciante o terceros citados en el reporte. Los informes producidos, con amplitud de variedades formales¹²⁶, deben ser almacenados de forma segura y con protección de datos¹²⁷, de modo que garanticen su confidencialidad.

La entidad receptora debe proporcionar al denunciante un acuse de recibo de la denuncia presentada. Dispone a su vez, la necesidad de contar con una persona o departamento imparcial encargada del seguimiento del trámite y de la comunicación regular con el denunciante, incluyendo los procedimientos para acceder a las autoridades externas competentes. Un denunciante legitimado, en cualquier momento, deberá contar con las vías y medios para pedir¹²⁸ explicaciones fundamentadas a los tramitadores de

¹²⁴ Según el art. 7.º.2 L. 93/2021, esta insuficiencia del canal interno de denuncia se da en cuatro casos: (i) cuando este tipo de canal únicamente acepte denuncias de los empleados y esa persona no lo sea; (ii) cuando el denunciante tenga motivos razonables para creer que la infracción no puede conocerse o resolverse eficazmente de forma interna, o que incluso existe riesgo de represalias; (iii) si la persona presentó primeramente una denuncia interna sin haber recibido información en tiempo sobre el estado de su tramitación y las resoluciones adoptadas sobre ella; o (iv) si la infracción constituya un delito penal o una infracción administrativa sancionable con una multa superior a 50.000 euros.

¹²⁵ Las enumeradas en los distintos apartados del art. 8.º L. 93/2021 conforme a criterios de naturaleza jurídica, tamaño —por número de empleados—, relevancia institucional —Presidencia, Parlamento, Ministerios, Tribunal Constitucional, etc.—, ubicación o actividad desarrollada, siguiendo a pies juntillas las indicaciones marcadas en la Directiva, pese a la estructura administrativa y poblacional portuguesa que hace que un porcentaje relevante de los municipios queden exonerados de aplicar *individualmente* la Ley. Y tampoco a hacerlo de manera *coalicada*, tal y como se posibilita en el art. 8.9 D. 2019/1937

¹²⁶ Según el art. 10.º L. 93/2021, los canales internos de denuncia permiten presentar denuncias por escrito o verbalmente —teléfono, mensaje de voz o en el desarrollo de una entrevista personal— a los empleados, de forma anónima o con identificación del denunciante, pudiéndose valer de medios de autenticación electrónica.

¹²⁷ Sobre esta cuestión analizada en profundidad para Portugal véase DE PITA SIMÕES (2021: 46 y ss.).

¹²⁸ Aquí también la norma portuguesa se separa del dictado de la D. 2019/1937, que en su artículo 11.2.e) pide a los países que sean sus autoridades competentes las que de oficio, no rogadoamente, comuniquen al denunciante el resultado final de toda investigación desencadenada por la denuncia.

su denuncia sobre el alcance y consecuencias que de la misma se han generado¹²⁹.

La norma establece, con el carácter secundario indicado, el canal externo como vía de denuncia ante aquellas autoridades que, según sus atribuciones y competencias, deban o puedan tener conocimiento del objeto específico de la denuncia, las cuales están sujetas a un vasto conjunto de obligaciones informativas¹³⁰ en favor de quien vaya a hacer uso de sus servicios y, en general, de la ciudadanía.

Estamos ante una previsión que se desarrolla con un listado ejemplificativo, en unos casos concreto —Ministerio Público, Policía Judicial o Banco de Portugal— y en otros, los más, necesitado de individualización: autoridades administrativas independientes, institutos públicos, inspecciones generales y organismos similares, entidades locales y asociaciones públicas.

Con este amplio elenco de destinatarios, que tienen que ser independientes y autónomos de los demás canales de comunicación¹³¹, cuya adecuación tiene que ser determinada caso a caso, y tratando de favorecer desde un comienzo la eficacia de las denuncias que se presenten, la Ley portuguesa obliga a que cada una de esas entidades analice de oficio su propia competencia en cada denuncia presentada, remitiéndola a la autoridad que corresponda en el caso de que estime que ella misma es incompetente¹³².

A continuación, tratando de no dejar ningún resquicio a la tramitación eficaz de una denuncia, se describen dos situaciones específicas con el correspondiente tratamiento procedimental:

- a) en los casos en los que no exista autoridad competente para tramitar la denuncia, o en los casos en que ésta se dirija a una autoridad competente, deberá dirigirse al Mecanismo Nacional Anticorrupción y, si ésta es la autoridad afectada, al Ministerio Público, que le dará seguimiento, concretamente abriendo una investigación siempre que los hechos descritos en la denuncia sean constitutivos de una infracción penal; y
- b) cuando el informante crea que los hechos a denunciar son constitutivos de delito o infracción administrativa, la denuncia se presentará

¹²⁹ *Vid.*, especialmente, el art. 11.º 2 L. 93/2021.

¹³⁰ *Vid.* el art. 16.º L. 93/2021.

¹³¹ *Vid.* el art. 13.º 1 L. 93/2021, quien exige además a estos canales externos que garanticen la exhaustividad, integridad y confidencialidad del informe y que impidan el acceso al mismo de personas no autorizadas.

¹³² Art. 12.º 2 L. 93/2021.

siempre a través de los canales externos de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, en la primera situación, y de las autoridades administrativas o autoridades policiales y de control, en la segunda.

Las denuncias presentadas de esta manera tendrán que ser archivadas y, por tanto, no procederá su seguimiento¹³³, cuando de manera motivada la autoridad competente considere que *(i)* la infracción denunciada es leve, insignificante o manifiestamente irrelevante; *(ii)* la denuncia está repetida con relación a otra anterior¹³⁴ y no contiene nuevos elementos de hecho o de derecho que justifiquen una actuación diferente de la adoptada con respecto a la primera denuncia; y *(iii)* la denuncia es anónima¹³⁵ y de ella no se pueden extraer indicios de delito¹³⁶.

En continuidad a lo señalado de los canales interno y externo de aportación de información sobre infracciones, para el legislador portugués la vía de divulgación pública queda contemplada de forma residual, como mecanismo de cierre del sistema, para dos casos puntuales¹³⁷: *(i)* cuando el denunciante tenga motivos razonables para creer que el delito a denunciar puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, que el delito no puede ser eficazmente averiguado o tratado por las autoridades competentes, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, o que existe un riesgo de represalias incluso en caso de denuncia externa; o *(ii)* cuando el denunciante haya presentado una denuncia interna y una denuncia externa, o una denuncia externa directamente, en los términos previstos en la Ley, sin que se hayan tomado las medidas adecuadas en los plazos previstos en la misma¹³⁸.

¹³³ El cual se llevará a cabo, cuando proceda, según lo prescrito en el art. 15.º L. 93/2021.

¹³⁴ Relacionado con ello, debemos indicar que el art. 15.º L. 93/2021 regula la obligación de registrar y conservar las denuncias que tienen las entidades obligadas y las autoridades competentes responsables de recibir y tramitar las denuncias.

¹³⁵ Vid. GUIMARÃES (2021: 620 y ss.), PATRÍCIO (2022: 176 y ss.) e INÁCIO (2023: 143 y ss.). Y también FREITAS (2021: 581), partidario de una gestión generosa y proactiva de las denuncias anónimas.

¹³⁶ Art. 14.º.4 L. 93/2021. En este punto recordar cómo el art. 6.2 D. 2019/1937 aclara que la Directiva no afecta a la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público o a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones.

¹³⁷ Vid. el art. 7.º.3 L. 93/2021. Con relación a la misma véase CORRÊA D'ALMEIDA & LOUREIRO (2023: 72 y ss.).

¹³⁸ Vid. los arts. 11.º.3, para las denuncias internas, y 15.º.3 L. 93/2021, para las denuncias externas.

En cuanto al régimen sancionatorio, la Ley agrupa las conductas reprochables en dos categorías¹³⁹, a las que se anuda la imposición de importantes multas económicas¹⁴⁰ por el órgano competente¹⁴¹, que pueden ser menguadas en casos de tentativa¹⁴² o negligencia¹⁴³:

- a) se califican como «muy graves» la adopción de represalias, el impedir presentar denuncias o con relación a las presentadas hacer su seguimiento, el aporte de información falsa y la violación del deber de confidencialidad; y
- b) son faltas «graves» una gran variedad de hechos atentatorios contra muchas de las previsiones de la Ley¹⁴⁴, como lo son el no disponer de canales externos o internos de denuncia, el que estos últimos no ofrezcan las garantías marcadas en la norma de estudio (exhaustividad, integridad o confidencialidad de la identidad o el anonimato de los denunciantes o la identidad de terceros mencionados en la denuncia), recibir o dar curso a una denuncia con vulneración de los requisitos de independencia, imparcialidad y ausencia de conflictos de intereses, o el no comunicar o hacerlo de manera incompleta o inexacta al denunciante los procedimientos para presentar denuncias externas ante las autoridades competentes.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La afirmación hobbesiana de que quien tiene la información tiene el poder hemos puesto de relieve que aplica en cualquier campo del saber y, par-

¹³⁹ Nada impide que pudieran ser tres, como se hace en otros países —*v. gr.* España, donde la categoría más atenuada de sanciones son las «leves»—, si bien lo realmente importante es que se cumpla el mandato, reiterado de otros instrumentos jurídicos y ámbitos materiales, del art. 23 D. 2019/1937: que las sanciones que establezcan los países sean *efectivas, proporcionadas y disuasorias*.

¹⁴⁰ *Vid.* las multas recogidas en el arts. 27.º 2 L. 93/2021 para las faltas muy graves, donde la cuantía máxima a imponer es de 250.00€; y el art. 27.º 4 para las correspondientes faltas graves, donde la sanción mínima es de 1.000€. Otro punto más en el que la legislación portuguesa es menos incentivadora para los potenciales denunciantes, que ven cuál puede ser la ratio coste/beneficio de los infractores que además llevan a cabo, o cuando menos planean represalias.

¹⁴¹ Que es, en la mayor parte de los casos, el Mecanismo Nacional Anticorrupción, según el art. 29.º L. 93/2021, al que de esta forma se le dota de una competencia residual.

¹⁴² *Vid.* el art. 27.º 5 L. 93/2021.

¹⁴³ *Vid.* el art. 27.º 6 L. 93/2021.

¹⁴⁴ *Vid.* el art. 27.º 3 L. 93/2021.

ticularmente, en el jurídico, en el sentido de combinar adecuadamente las estrategias reactivas y preventivas de actos irregulares, ilegales e ilícitos, en los sectores público y privado. Por eso, la diseminación y potenciación vertical —de *hard law*— de la cultura del *whistleblowing* en favor de las autoridades de las organizaciones, quienes están obligados a capilarizarla en su ámbito es, a día de hoy, un presupuesto irrenunciable para su adecuada gestión y funcionamiento, que les permite corregir más eficazmente cualquier conducta desviada y, cada vez más importantemente, detectarlas en un estadio temprano, siendo seguidas de las correspondientes investigaciones internas¹⁴⁵, lo que todo ello da lugar a una tutela anticipada de los derechos e intereses implicados.

Esta deriva institucional y jurídica, dispersa y heterogénea¹⁴⁶, se ha querido que tenga un relanzamiento esencial, por un lado, con la extensión de los aprendizajes obtenidos de experiencias habidas en materias como la defensa de la competencia, la lucha contra el blanqueo de capitales o la protección del medio ambiente, y, por otro, por su normativización general y sistemática, nutrida también de los mejores avances jurisprudenciales y de los resultados alcanzados en organismos internacionales y otros ordenamientos jurídicos, así como de operadores jurídicos de la sociedad civil¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Y es aquí donde alcanza una importancia decisiva los *forensic readiness* para anticiparse a la perpetración de hechos que puedan generar responsabilidades a las organizaciones. Vid. GROBLER & LOUWRENS (2007), VALJAREVIC & VENTER (2015) y KEBANDE, KARIE, CHOO & ALAWADI (2021).

¹⁴⁶ Así se reconoce en el Considerando 4 de la D. 2019/1937.

¹⁴⁷ Vid., por ejemplo, la «Declaración de Valencia» de 19 de abril de 2024 de la «Red de Autoridades Europeas de Integridad y Denuncia de Irregularidades» (NEIWA) [https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2024/04/NEIWA-9o_Declaracion-de-Valencia-ESP.pdf], en la cual se hace un llamamiento a gobiernos, legisladores y demás responsables de la trasposición de la D. 2019/1937 concretado en estas ideas: (i) defender la denuncia de irregularidades como el ejercicio del derecho humano a la libertad de expresión e información y como mecanismo de lucha contra la corrupción; aspectos ambos que se encuentran en el fundamento de nuestras democracias; (ii) condenar cualquier forma de supresión o limitación de la independencia y eficiencia de las autoridades de integridad y denuncia de infracciones, o de entidades similares; (iii) fortalecer su capacidad mediante la asignación de recursos suficientes y el reconocimiento de las competencias necesarias para el adecuado ejercicio de sus funciones; (iv) valorar, de acuerdo con la legislación de cada Estado, la oportunidad de permitir la presentación de denuncias anónimas, ya que el anonimato es una de las mejores formas de protección de los denunciantes; (v) proporcionar apoyo psicológico a los denunciantes y acompañarles en las diferentes fases del proceso de denuncia; (vi) prestar apoyo financiero a los denunciantes, en particular en lo que respecta a la indemnización por los daños y perjuicios que se les hayan causado y por los gastos legales; y (vii) fomentar el trabajo y la coordinación de todos los actores en el ámbito de la integridad y la denuncia

Claro, y sin olvidar la importancia de la responsabilidad social de las empresas así como la conducta ética tanto grupal como individual¹⁴⁸.

Para dinamizar las actuaciones de los países en la trasposición de la normativa comunitaria y concentrar los reclamos ciudadanos en pro del cambio se ha elegido el tópico corrupción como el principal campo de trabajo en esta materia, frente al cual la Unión Europea ha proclamado la política de «tolerancia cero»¹⁴⁹, en cuya consecución las actuaciones oficiales de las instituciones llamadas a combatir los hechos criminales son insuficientes¹⁵⁰. Ahora bien, entendido de manera avanzada a como se ha venido haciendo desde comienzos de siglo con la Convención de Mérida de Naciones Unidas: hoy en día el problema de la corrupción es un problema de seguridad¹⁵¹, que puede llegar a socavar profundamente los pilares del Estado de Derecho, lo que genera la necesidad de cartografiar, evaluar y predecir los riesgos de corrupción a partir no del voluntarismo de unos pocos «héroes sociales»¹⁵², a los cuales, además, se les ha tenido desprotegidos y abandonados a su suerte¹⁵³, sino con claras, coherentes y contundentes políticas-país, equilibradas¹⁵⁴, que eleven la conciencia crítica frente a los casos de corrupción y sus ramificaciones, que estén alejadas de las puntua-

de infracciones (policía, fiscalías, poder judicial, otros órganos, etc.), incluida la sociedad civil, ya que su contribución es esencial para el establecimiento de una cultura de integridad, transparencia y rendición de cuentas, que conduzca como fin último al fortalecimiento de nuestras democracias.

¹⁴⁸ Sobre este elemento esencial concomitante a la protección de denunciantes —laboral, penal, disciplinaria...— como es la gobernanza empresarial y sus actuaciones en clave de buen gobierno véase KUN-BUCZKO (2023), PITTA (2023), ADETUNJI (2024) y MILCZAREK (2024: 209 y ss.).

¹⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION (2023c: 13).

¹⁵⁰ *Vid.* DE PITA SIMÕES & GASPAS (2022: 193 y ss.).

¹⁵¹ MUNGIU-PIPPIDI (2023: 303).

¹⁵² Por ello, entre otras consideraciones, FREITAS (2021: 582) entiende que la decisión de denunciar es un acto de coraje y de ciudadanía.

¹⁵³ Con relación a algunas externalidades negativas derivadas de sus actuaciones véase MACLENNAN (2024). Por eso NACIONES UNIDAS (2016: 14) indica que «[!]os denunciantes no son ‘traidores’, sino personas valientes que prefieren actuar contra los abusos de los que se enteran en lugar de optar por la vía fácil y quedarse calladas. Ello supone enfrentarse a actitudes culturales muy arraigadas que se remontan a circunstancias sociales y políticas como una dictadura o dominación extranjera en que lo normal era desconfiar de los ‘informantes’ al servicio de las autoridades despreciadas».

¹⁵⁴ En el sentido que tan dignos de tutela pueden ser los temores a sufrir represalias por los potenciales alertantes como los miedos de los responsables de las organizaciones a sufrir daños irreparables por la revelación abusiva de información sensible, cuestión que es analizada por YEOH (2014: 465 y ss.).

les y evanescentes diatribas partidistas, que crecen fundamentalmente en los periodos electorales para luego caer en el olvido hasta los siguientes.

Como hemos tratado de demostrar, a diferencia de otros muchos países comunitarios Portugal se ha conducido de manera ejemplar en los tiempos marcados por la Directiva¹⁵⁵ y en sus valores —libertad de expresión y conciencia, participación social y colaboración en la tutela del bien común—, con una mezcla de sobriedad —no ha considerado necesario un preámbulo a la ley¹⁵⁶—, generosidad —con los ámbitos subjetivo y objetivo— y continuidad —con el MENAC—, tratando de concienciar y responsabilizar a la sociedad civil portuguesa frente a los casos de corrupción pasados y presentes, frente a los cuales ha estado altamente sensibilizada¹⁵⁷, que han provocado escándalos políticos e institucionales que han terminado con dimisiones y sobrevenidos procesos electorales nacionales e insulares —Madeira—, lo que, como siempre, termina con pérdida de confianza en las instituciones y generando desafección política y hacia la democracia¹⁵⁸. Por tanto, este *law y books* tiene que ser acompañado de un *law in action* equilibrado y cauteloso¹⁵⁹, pero nunca desincentivador, a partir de la disposición de suficientes y especializados recursos humanos y técnicos para prevenir,

¹⁵⁵ Solamente Dinamarca, Suecia y Portugal implementaron la D. 2019/1937 en plazo, por lo que la Unión Europea abrió un procedimiento de infracción contra los otros 24 países incumplidores. Al inicio de 2023, ocho países (Alemania, Chequia, España, Estonia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Polonia) seguían en la misma situación, por lo que la Comisión Europea presentó una demanda ante el Tribunal de Justicia de la Unión. La evolución del proceso de trasposición puede seguirse en <https://whistleblowingmonitor.eu/>, en <https://www.policimeter.org/en/euwhistleblowing> y en el «Informe sobre la Directiva Whistleblowing: Transposición de la Ley en los países europeos» [<https://www.integrityline.com/es/experiencia/white-paper/informe-directiva-whistleblowing-ue/>].

¹⁵⁶ Entendemos que Portugal ha hecho suyos los Considerandos de la D. 2019/1937 y no ha antecedido el cuerpo legal con un preámbulo o exposición de motivos o que fuera redundante o que fuera una fuente de complicaciones en su intelección, tal y como ha sucedido con la española Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (Boletín Oficial del Estado n.º 44, de 21 de febrero).

¹⁵⁷ Vid. RAMOS (2018: 2 y ss.).

¹⁵⁸ MEGÍAS, GOUVÊA MACIEL, DE SOUSA & JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2024: 3).

¹⁵⁹ Porque, como señala MARQUES DA SILVA (2020: 22), es imperativo que el tratamiento de las denuncias exija muchas cautelas para que la búsqueda de la justicia no sea causa de injusticias. En este sentido, CASANOVAS (2023: 4 y ss.) indica que la buena gestión de las denuncias internas tiene que estar presidida por los principios de confianza, imparcialidad y protección.

investigar y perseguir hechos graves, complejos y transfronterizos como, cuando menos, el fraude y la corrupción¹⁶⁰.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABAZI, V. (2020): «The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?». *Industrial Law Journal*, vol. 49, n.º 4 (640-656).
- ADETUNJI, A. J. (2024): «Whistleblowing: interrogating the complexities of law, governance, and freedom of expression in developing nations». *Journal of Money Laundering Control*, vol. 27, n.º 2 (262-274).
- AIRES DE SOUSA, S. (2019): «A colaboração processual dos entes colectivos: legalidade, oportunidade ou ‘troca de favores’?». *Revista do Ministério Público*, n.º 158 (9-36).
- ALBERT, R. *et al.* (2024): «Which Constitutional Provisions are most Important?». *European Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n.º 1 (19-48).
- ALBRECHT, P. A. & S. BRAUM (2002): «Deficiencies in the Development of European Criminal Law». *European Law Journal*, vol. 5, n.º 3 (293-310).
- ALDEA GAMARRA, A. (2024): «Implicaciones en el contexto del *compliance* derivadas de la Directiva *Whistleblowing* y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción». *Revista de Estudios Europeos*, n.º 83 (92-113).
- ALFAR RODRIGUES, A. (2024): *O Régime de Proteção dos Denunciantes (Whistleblowers). Uma análise comparada e jurisprudencial* (2.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- ALVES ANTUNES, M. (2022): *Querem-se denunciante whistleblowers de boa-fé com fundamento sério para crer na veracidade das informações. Crítica às condições de proteção de denunciante de infrações*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2022): *Los Estados deben poner fin a las represalias contra personas defensoras de los derechos humanos que combaten la corrupción* [<https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/9/2022/12/AFR0162532022ARABIC.pdf>].
- ANTUNES, M. J. (2020): *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina.
- ARLEN, J. & M. KAHAN (2017): «Corporate governance regulation through nonprosecution». *University of Chicago Law Review*, vol. 84, n.º 1 (323-387).
- BACHMAIER WINTER, L. (2019): «*Whistleblowing* europeo y *compliance*: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión». *Diario LA LEY*, n.º 9539.

¹⁶⁰ Una falencia en el caso de Portugal que se pone de manifiesto en EUROPEAN COMMISSION (2023a: 12 y ss.).

- BACIGALUPO SAGGESE, S. (2020): «Política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos transnacionales». En: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario* (vol. 1). Madrid: Reus (17-27).
- BARONA VILAR, S. (2019): «Justicia penal desde la globalización y la postmodernidad hasta la neomodernidad». *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 27 (20-53).
- BARONA VILAR, S. (2022): «La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma de justicia eficiente y sostenible». En: COLOMER HERNÁNDEZ, I. (dir.): *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*. Pamplona: Aranzadi (75-115).
- BRAATEN, C. N. & L. C. TSAI (2023): «Corporate antitrust prosecutions: Prosecutorial decision making in the assessment of total monetary penalties». *Crime, Law and Social Change*.
- BRANDÃO, N. (2020): «O whistleblowing no ordenamento jurídico português». *Revista do Ministério Público*, n.º 161 (99-113).
- BUSATO, P. C. (2018): «Criminal compliance: relevância e riscos». En: MENDES MARTINS DA AGRA, C. & F. J. DOS SANTOS PINTO TORRÃO (coords.): *Criminalidade organizada e económica: perspectivas jurídica, política e criminológica*. Lisboa: Universidade Lusitana Editora (87-112).
- CÁMARA, P. (2012): «O controverso ‘whistleblowing’». *Jornal de Negócios*, 6 de marzo [https://www.jornaldenegocios.pt/opiniao/detalhe/o_controverso_quotwhistleblowingquot].
- CASANOVAS YSLA, A. (2023): «El estándar ISO 37002:2021 y la Ley 2/2023 de protección al informante». *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. 1, n.º 1 (1-22).
- CLEMENTUCCI, F. & A. MIEKINA (2023): «The Commission Proposal for a Directive on Combating Corruption». *EUCRIM: The European Criminal Law Associations’ Fórum*, n.º 3 (276-279).
- COLVIN, N., GALIZZI, B. & V. NAD (2021): *Cómo proteger mejor a los alertadores: Guía práctica para transponer la Directiva europea*. Canberra: Blueprint for Free Speech [https://static1.squarespace.com/static/5e249291de6f0056c7b1099b/t/5f9bdf8e0506cf75e831091b/1604050835917/BP_REPORT_DIGITAL_SPANISH_30OCT.pdf].
- COROADO, S. & N. ROLO (2021): «Por uma Estratégia Nacional Anticorrupção». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (64-76).
- CORRÊA D’ALMEIDA, A. & L. M. LOUREIRO (2023): «Factores sociais e Histórico-Institucionais da decisão de denunciar e o método jornalístico como incentivo à denúncia pública». En: DE PITTA SIMÕES, P. (coord.): *Proteção de Denunciantes e Canais de Denúncias. Whistleblowing*. Coimbra: Almedina (57-82).
- DA COSTA ANDRADE, T. (2023): «Criminal Compliance e Colaboração com a Investigação: a Marcha Triunfal do Processo Penal Americano e o Estado como Vercin-

- gétorix?». En: MACHETE, P., DE ALMEIDA RIBEIRO, G. & M. CANOTILHO (orgs.): *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade*. Volume II. Coimbra: Almedina (489-528).
- DÁ MESQUITA, P. (2021): «Reforma procedimental como condição de proteção de denunciante e outras pessoas que prestam informações nas investigações preliminares de eventual corrupção». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (629-640).
- DA SILVA FIGUEIREDO, E. A. (2021): *Uma abordagem da corrupção à luz dos direitos humanos? Desafios e (im)possibilidades*. Lisboa: Conselho de Prevenção da Corrupção [https://www.cpc.tcontas.pt/projetos/cpc_ciencia/edicao_02/Eduardo_Figueiredo_Uma_abordagem_da_corrupcao.pdf].
- DAMIÁN MORENO, J. (2006): «¿Un Derecho procesal de enemigos?». En: CANCIO MELIÁ, M. & C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión (vol. 1)*. Madrid: Edisofer (457-472).
- DAMIÃO DA CUNHA, J. M. (2011): *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção. Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DE ANDRADE, N. & S. FORTE DOS SANTOS (2024): «Dimensión jurídica de la corrupción en el contexto del derecho corporativo (con especial referencia a los ordenamientos jurídicos portugués y español)». *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 12 (131-183).
- DE FARIA COSTA, J., GODINHO, I. & S. AIRES DE SOUSA (2014): *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DE PITA SIMÕES, P. & G. GASPAR (2022): «A (des)ocultação de informações e o whistleblowing». En: *O whistleblowing em Portugal. Proteção do denunciante nas organizações*. Coimbra: Almedina (185-216).
- DE PITA SIMÕES, P. & L. FONSECA (2021): «O whistleblowing como uma estratégia de compliance: O caso de uma multinacional francesa a operar em Portugal». En: DE LACERDA COSTA PINTO, F., LLEDÓ BENITO, I. & F. PEREIRA COUTINHO (dirs.): *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica*. Madrid: Dykinson (369-386).
- DE PITA SIMÕES, P. (2017): *Os limites da Auditoria Interna. O perfil do Auditor e o Whistleblowing*. Lisboa: Instituto Politécnico de Lisboa.
- DE PITA SIMÕES, P. (2021): «O responsável pelo tratamento de dados (pessoais) gerados pelo Whistleblowing». *Anuário da Proteção de Dados* (37-65).
- DELGADO MARTÍN, J. (2022): «Reglexiones sobre el papel de los alertadores (whistleblowers) en el proceso penal». *Diario LA LEY*, n.º 9992 (1-12).
- DESTERRO FERREIRA, M. R., LOPES CARDOSO, E. & J. CONDE CORREIA (coords.) (2021): *Cooperação Internacional para efeitos de recuperação de ativos*. Coimbra: Almedina.

- DOS SANTOS MATIAS, T. (2023): «A comunicação de irregularidades (*whistleblowing*) e as novas tecnologias: o advento das denúncias automatizadas». En: DE PITTA SIMÕES, P. (coord.): *Proteção de Denunciantes e Canais de Denúncias. Whistleblowing*. Coimbra: Almedina (257-298).
- DUARTE GONÇALVES, F. (2023): «A insuficiência da matriz de proteção dos denunciantes prevista na diretiva e no diploma que a transpôs - breves reflexões». En: DE PITTA SIMÕES, P. (coord.): *Proteção de Denunciantes e Canais de Denúncias. Whistleblowing*. Coimbra: Almedina (135-154).
- DYCK, A., MORSE, A. & L. ZINGALES (2010): «Who blows the whistle on corporate fraud?». *Journal of Finance*, vol. 65, n.º 6 (2213-2253).
- ENCINAR POZO, M. A. (2021): «Protección del informante. Impacto de la Directiva (UE) 2019/1937». *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 16 (1-41).
- EUROPEAN COMMISSION (2023a): *Commission Staff Working Document. 2023 Rule of Law Report. Country Chapter on the Rule of Law Situation in Portugal. Accompanying the Document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. 2023 Rule of Law Report. The Rule of Law Situation in the European Union*. Luxembourg: Publications Office of the European Union [https://commission.europa.eu/document/download/291640e7-343d-42ef-9135-63c9afcf24bb_en?filename=50_1_52628_coun_chap_portugal_en.pdf].
- EUROPEAN COMMISSION (2023b): *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - The 2023 EU Justice Scoreboard*. Luxembourg: Publications Office of the European Union [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0309>].
- EUROPEAN COMMISSION (2023c): *Joint Communication to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the fight against corruption*. Luxembourg: Publications Office of the European Union [https://commission.europa.eu/document/download/b6888f6a-45ed-4af7-b85a-6712dfe8952c_en?filename=JOIN_2023_12_1_EN.pdf].
- EUROPEAN COMMISSION (2024a): *Perceived independence of the national justice systems in the EU among the general public*. Brussels: Report, Publications Office of the European Union.
- EUROPEAN COMMISSION (2024b): *Perceived independence of the national justice systems in the EU among companies*. Brussels: Report, Publications Office of the European Union.
- EUROPEAN UNION (2023a): *Atitudes dos cidadãos relativamente à corrupção na UE em 2023. Portugal*. Brussels: Report, Publications Office of the European Union [<https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=87988>].
- EUROPEAN UNION (2023b): *Special Eurobarometer 534: Citizens' attitudes towards corruption in the EU in 2023*. Brussels: Report, Publications Office of the European Union [<https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=87714>].

- EUROPOL (2023): *The Other Side of the Coin. An Analysis of Financial and Economic Crime*. Luxembourg: European Union Agency for Law Enforcement Cooperation.
- EUROPOL (2024): *Decoding the EU'S Most Threatening Criminal Networks*. Luxembourg: European Union Agency for Law Enforcement Cooperation.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2024): *El soft law en el Derecho Internacional y Europeo. Su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FELDMANN, A. E. & J. P. LUNA (2023): *Criminal Politics and Botched Development in Contemporary Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2024): «Buenas prácticas de protección del denunciante desde la perspectiva del derecho administrativo global». *Anuario Iberoamericano del Buen Gobierno y Calidad Democrática*, n.1 (189-200).
- FERREIRA CAÓ VINAGRE, V. (2023): *Compliance criminal e comportamental na prevenção da corrupção. O Régime Geral da Prevenção da Corrupção em Portugal*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- FERREIRA LEITE, I. (2021): «O Regime Geral de Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024)». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (79-96).
- FLORES SCHÜTT, J. (2024): *Desperdício do Compliance Penal no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch.
- FONSECA DE ALMEIDA, J. (2022): «Os denunciantes sob a perspectiva moral e ética - O estigma de Judas». En: *O whistleblowing em Portugal. Proteção do denunciante nas organizações*. Coimbra: Almedina (31-48).
- FONSECA, L. & P. DE PITA SIMÕES (2022): «A implementação de uma linha (canal) de alerta ético». En: *O whistleblowing em Portugal. Proteção do denunciante nas organizações*. Coimbra: Almedina (217-238).
- FONTES, J. & N. DA CRUZ (2021): *Da descoberta e da recuperação dos proveitos ilegítimos. Contributo para a sustentabilidade dos Estados e das democracias*. Coimbra: Almedina.
- FORTUNY CENDRA, M. (2020): «La nueva guía del DOJ para evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento: un horizonte de legitimidad más allá del *paper compliance*». *LA LEY Compliance Penal*, n.º 2 (1-19).
- FREITAS, P. M. (2021): «O regime jurídico da proteção do denunciante». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (572-582).
- FRIDRICZEWSKI, V. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2023): *En busca de estrategias 360 anticorrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCIA MARQUES, P. M. (2021): «O denunciante - entre a justa protecção e aquilo que “*consume a res publica (res publica exedere)*”». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P.,

- CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (583-618).
- GARCÍA-MORENO, B. (2021): «Las recompensas económicas al alertador ('whistle-blower'). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación?». En: DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ INIESTA, D. J., MARTÍN LÓPEZ, M. T., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. & A. NIETO MARTÍN (coords.): *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista. Vol. I*. Madrid: Boletín compll Estado (249-260).
- GIMENO BEVIÁ, J. (2018): «De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (*whistleblower vs bounty hunter*)». *Diario LA LEY*, n.º 9139.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2023): «Instrumentos actuales de policía y justicia predictiva en el proceso penal español: análisis crítico y reflexiones de lege ferenda ante aplicaciones futuras». *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 44 (1-20).
- GODINHO, I. (2021): «Uniformização do regime de responsabilidade penal das pessoas colectivas e programas de cumprimento normativo». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (167-177).
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2023): *El Juez Robot. La independencia judicial en peligro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GOUVÊA MACIEL, G. (2021): «What We (Don't) Know so Far about Tolerance Towards Corruption in European Democracies: Measurement Approaches, Determinants, and Types». *Social Indicators Research*, vol. 157, n.º 3 (1131-1153).
- GROBLER, C. P. & C. P. LOUWRENS (2007): «Digital Forensic Readiness as a Component of Information Security Best Practice». En: VENTER, H., ELOFF, M., LABUSCHAGNE, L., ELOFF, J. & R. VON SOLMS (edits.): *New Approaches for Security, Privacy and Trust in Complex Environments*. Boston: Springer (13-24).
- GUIMARÃES, A. P. (2021): «Remetidos à denúncia anónima no crime de corrupção». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (618-628).
- GUIMARÃES, A. P. (2023): «Transparência e corrupção - a óbvia e inultrapassável fronteira». En: DE PITTA SIMÕES, P. (coord.): *Proteção de Denunciantes e Canais de Denúncias. Whistleblowing*. Coimbra: Almedina (19-32).
- HALD R., L. (2013): «Los delitos de corrupción: entre la realidad y el mito». *Nova Criminis: Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, n.º 6 (161-218).
- INÁCIO, A. (2023): «Do pre-inquérito aos canais de denúncia - A valoração da denúncia anónima no combate à corrupção». En: MAIA, A. J. & F. PONTES (coords.): *Canais de denúncia nas organizações. Perspectivas pragmáticas*. Coimbra: Almedina (137-148).
- INNERARITY, D. (2023): «Predicting the past: a philosophical critique of predictive analytics». *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 39 (1-12).

- JACOB MORAIS, P. (2021): «Estratégia Nacional de Combate à Corrupção. Breves notas sobre o Regime Geral e o Mecanismo de Prevenção da Corrupção». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (97-108).
- KARPACHEVA, E. & B. HOCK (2024): «Foreign whistleblowing: the impact of US extraterritorial enforcement on anti-corruption laws in Europe». *Journal of Financial Crime*, vol. 31, n.º 1 (1-13).
- KEBANDE, V. R., KARIE, N. M., CHOO, K. K. R. & S. ALAWADI (2021): «Digital forensic readiness intelligence crime repository». *Security Privacy* (1-11).
- KUN-BUCZKO, M. (2023): «Whistleblowing Procedures as Part of the Compliance System and Culture of the Organization». *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, vol. 68, n.º 1 (541-554).
- LAMAS LEITE, A. (2020): «Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas colectivas em Direito Criminal clássico, penas de substituição aplicáveis e *compliance* - breves notas». *Revista do Ministério Público*, n.º 161 (203-234).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2021): «Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes». *LA LEY Compliance Penal*, n.º 7 (1-14).
- LATAS, A. (2021): «A reconfiguração da fase de instrução no Código de Processo Penal e a Estratégia Nacional Anticorrupção». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (643-652).
- LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S. (2017): «Problemas criminológicos en el tratamiento de la corrupción. El desdibujamiento del perfil de las víctimas». En: JIMÉNEZ GARCÍA, F. & J. ROPERO CARRASCO (dirs.): *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (345-360).
- LUCIANI, D. S. (2024): *Corrupción: un atentado contra la democracia y los derechos humanos*. Pamplona: Aranzadi.
- LUPPI, F. & M. BELLINGERI (2023): «Combating Corruption in EU Legislation. An Analysis of Some Aspects of the Commission Proposal for the EU Anti-corruption Directive». *EUCRIM: The European Criminal Law Associations' Fórum*, n.º 3 (282-286).
- LUZ DOS SANTOS, H. (2022a): *A responsabilidade penal dos entes colectivos na esfera do compliance. E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?* Braga: Nova-Causa, Edições Jurídicas.
- LUZ DOS SANTOS, H. (2022b): *Processo penal na era compliance*. Lisboa: AAFDL Editora.
- LUZ SOARES, M. J. (2021): «*Compliance* na prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo-O modelo português». En: DE LACERDA COSTA PINTO, F., LLEDÓ BENITO, I. & F. PEREIRA COUTINHO (dirs.): *Compliance y lucha*

- contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica*. Madrid: Dykinson (251-272).
- MACHADO DE SOUZA, R. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022): *Justicia negociada y personas jurídicas: la 'modernización' de los sistemas penales en clave norteamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MACLENNAN, N. (2024): «The mental health effects of whistleblowing: reflections on working with whistleblowers». *Mental Health and Social Inclusion*.
- MAIA, A. J. (2021): «Ética, integridade e riscos de fraude e corrupção na governação pública - Estratégias e metodologias de controlo». En: DE LACERDA COSTA PINTO, F., LLEDÓ BENITO, I. & F. PEREIRA COUTINHO (dirs.): *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica*. Madrid: Dykinson (335-354).
- MAIA, A. J. (2022): «Promover a ética nas organizações - A importância dos canais de denúncia». En: *O whistleblowing em Portugal. Proteção do denunciante nas organizações*. Coimbra: Almedina (13-30).
- MAIA, P. (2012): «Corporate governance em Portugal». En: ULHOA COELHO, F. & M. de F. RIBEIRO (edits.): *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina (43-86).
- MAIA, P. (2021): «Intelligent compliance». En: ANTUNES, M. J. & S. AIRES DE SOUSA (edits.): *Artificial intelligence in the economic sector: prevention and responsibility*. Coimbra: Universidade de Coimbra (1-50).
- MARQUES DA SILVA, G. (2020): «Sobre a proteção dos denunciantes». *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º especial (20-22).
- MARQUES DA SILVA, G. (2021): «Processo contra pessoas coletivas». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (465-476).
- MATTONI, A. (2024): «The challenges of anti-corruption technologies from the grassroots». En: MATTONI, A. (edit.): *Digital Media and Grassroots Anti-Corruption: Contexts, Platforms and Data of Anti-Corruption Technologies Worldwide*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited (250-269).
- MEGÍAS, A., GOUVÊA MACIEL, G., DE SOUSA, L. & F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2024): *Percepciones comparadas de la corrupción en España y Portugal*. Murcia: Universidad de Murcia [https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2024/05/Informe_Portugal_Espana.pdf].
- MENDES DE SOUSA OLIVEIRA, C. P. (2023): *Programas de cumprimento normativo no actual quadro legal das medidas anticorrupção (avaliação judicial e interess das investigações internas para o processo penal)*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- MENEZES LEITÃO, L. (2021): «A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (26-35).

- MENEZES SANHUDO, J. & J. BALLESTEROS SÁNCHEZ (2023): «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminal compliance en Portugal». *LA LEY Compliance Penal*, n.º 14 (1-22).
- MENEZES SANHUDO, J. (2022): «A relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo após a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 32, n.º 1 (7-60).
- MERKEL, L. (2022): «El Derecho procesal-penal del enemigo: una mirada general». *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1 (191-242).
- MILCZAREK, E. (2024): «Whistleblower Protection in EU Law: Bridging Transparency, Accountability, and Corporate Social Responsibility». En: PUCELJ, M. & R. BOHINC (eds.): *Bridging Human Rights and Corporate Social Responsibility: Pathways to a Sustainable Global Society*. Pensilvania: IGI Global (207-226).
- MIRANDA RODRIGUES, A. (2021): «Public compliance e prevenção da corrupção». *Revista Científica do CPJM*, vol. 1, n.º 3 (41-64).
- MIRANDA RODRIGUES, A. (2021): «The Last Cocktail. Economic and Financial Crime, Corporate Criminal Responsibility, Compliance and Artificial Intelligence». En: ANTUNES, M. J. & S. AIRES DE SOUSA (eds.): *Artificial intelligence in the economic sector: prevention and responsibility*. Coimbra: Universidade de Coimbra (119-134).
- MIRANDA RODRIGUES, A. (2023): «Algoritmización de la prueba y la decisión judicial en el proceso penal: ¿utopía o distopía?». En: ARANGÜENA FANEGO, C., HOYOS SANCHO, M. de & E. PILLADO GONZÁLEZ (dirs.): *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*. Pamplona: Reuters-Thompson-Aranzadi (207-230).
- MONAR, J. (2021): «Reflections on the place of criminal law in the European construction». *European Law Journal*, vol. 27, n.º 4-6 (356-367).
- MONIZ, H. & C. CARDADOR (2021): «Corrupção ou corrupções?». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (293-302).
- MOTA PRADO, M., KERCHE, F. & M. MARONA (2024): «Corruption and Separation of Powers: Where do Prosecutors Fit?». *Hague Journal on the Rule of Law* (1-27).
- MOYA VALDIVIESO, J. G. (2022): «La prevención penal anticipativa. Un paradigma complejo del nuevo Derecho Penal». *Iuris Dictio*, n.º 30 (109-119).
- MUNGIU-PIPPIDI, A. (2023): «Seven Arguments in Favour of Rethinking Corruption». *EUCRIM: The European Criminal Law Associations' Fórum*, n.º 3 (300-304).
- MUNRO, D. & R. GOLDWASSER (2024): «Guardians of Trust: Exploring Internal Whistleblowing Dynamics in Nonprofit Finance and Accounting». *Business Management Research and Applications: A Cross-Disciplinary Journal*, vol. 3, n.º 2.
- MUÑOZ CONDE, F. (2009): «De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal penal del enemigo». *Revista Penal*, n.º 23 (73-114).

- MUÑOZ OLIVEIRA, L. & E. CAMACHO BELTRÁN (2023): *Pantomima de la igualdad. Ciudadanía corrupta y discriminación*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- NACIONES UNIDAS (2010): *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- NACIONES UNIDAS (2012): *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2.ª ed. revisada)*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- NAVEX (2024): *State of Risk & Compliance Report*. London: Navex [https://cdn.navex.com/image/upload/v1718650503/resources-2024/benchmarking-reports/2024-risk-compliance-report_EN.pdf?_gl=1*1b5uf4c*_gcl_au*MTIzMjU2NTk3Ny4xNzE5Mzg4NzE5*_ga*OTAzMzYzNjc4LjE3MTkzODg3MjE.*_ga_JRYF9MG532*MTcxOTM4ODcyMC4xLjEuMTcxOTM4ODc4Ni41OC4wLjA.].
- NIETO MARTÍN, A. (2023): «Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad». En: SALIGER, F. H., RUIZ LÓPEZ, C. E., PASTOR MUÑOZ, N. & I. COCA VILA (eds.): *Responsabilidad penal de personas jurídicas. Tomo I. Volumen II. Sistema de sanciones*. Bogotá: Tirant lo Blanch (151-192).
- NOVERSA LOUREIRO, F. (2021): «Programas de Cumprimento Normativo no Sector Público». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (130-140).
- ÖBERG, J. (2024): *The normative foundations for EU Criminal Justice. Powers, limits and justifications*. Oxford: Hart Publishing.
- OCDE (2017): *The detection of foreign bribery*. Paris: OCDE [<https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery.pdf>].
- OCDE (2024): *Anti-Corruption and Integrity Outlook 2024*. Paris: OCDE [<https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/968587cd-en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F968587cd-en&mimeType=pdf>].
- OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS, M. (2024): *Colaboración con la justicia en el sistema penal español. Principio de oportunidad, justicia premial y negociada*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PALMA, M. F., SILVA DIAS, A. & P. DE SOUSA MENDES (coords.): *Novos estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020.
- PATRÍCIO, R. (2022): «Whistleblowing e algumas “pontes” para o Direito Penal e o processo penal». En: *O whistleblowing em Portugal. Proteção do denunciante nas organizações*. Coimbra: Almedina (167-184).
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (2018): «Whistleblowing». *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14 (285-298).

- PITTA, V. M. (2023): «Canais de denúncia - Um caminho para a proteção de negócio e reforço ético». En: MAIA, A. J. & F. PONTES (coords.): *Canais de denúncia nas organizações. Perspectivas pragmáticas*. Coimbra: Almedina (111-136).
- POHLMANN, M. (2024): «Systemic Corruption. How to Analyze and Measure It». En: TROMBINI, M. E., VALARINI, E. A., ELÍAS DE OLIVEIRA, V. & M. POHLMANN (eds.): *The Fight against Systemic Corruption. Lessons from Brazil (2013—2022)*. Wiesbaden: Springer (9-40).
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2004): «Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo». *Jueces para la Democracia*, n.º 49 (43-50).
- POTIPIROON, W. (2024): «Reward Expectancy and External Whistleblowing: Testing the Moderating Roles of Public Service Motivation, Seriousness of Wrongdoing, and Whistleblower Protection». *Public Personnel Management*.
- QUINTELA DE BRITO, T. (2021): «Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (477-514).
- QUINTELA DE BRITO, T. (2023): *Plaidoyer por uma autêntica responsabilidade penal de entes colectivos*. Lisboa: AAFDL Editora.
- RAMOS, J. (2018): *Proteção de Denunciantes em Portugal: Estado da Arte*. Lisboa: Transparência e Integridade, Transparency International Portugal [https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/07/TI-PT_ProtecaoDenunciantesPortugal_2018-last-version_24_07_2018_VF.pdf].
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & M. G. PAHUL ROBREDO (2022): «Paz, Justicia e Instituciones sólidas: el ODS-16 y su proyección latinoamericana». *Revista Criminalia. Asociación Mexicana de Ciencias Penales*, vol. 2 (25-54).
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2021) (dir.): *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2022): «Influjo de la justicia colaborativa en los sistemas penales modernos». En: SERRANO HOYO, G. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (dirs.): *Justicia restaurativa y medios adecuados de solución de conflictos*. Madrid: Dykinson (17-31).
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2023): «El sistema penal español en tiempos de *compliance*: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos?». *LA LEY Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 160 (1-19).
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2024a): «El fomento europeo de los alertantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa». *LA LEY Compliance Penal*, n.º 16 (1-30).
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2024b): «Glosa sobre la trasposición a la española de la legislación europea sobre protección de los *whistleblowers*». En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., CARRILLO DEL TESO, A. & G. D. M. CERINA (eds.): *Delincuencia*

- corporativa: Compliance, canales de denuncia y persecución penal*. Valencia: Tirant lo Blanch (215-244).
- SALGUEIRO, A. C. (2024): *Pessoa Coletiva e Processo Penal. Da Titularidade de Direitos Fundamentais à Pertinência de Um Processo Penal da Pessoa Coletiva*. Coimbra: Almedina.
- SANTOS CABRAL, J. (2021): «Combate à Corrupção. Da Estratégia presente à Reforma futura». En: PINTO DE ALBUQUERQUE, P., CARDOSO, R. & S. MOURA (orgs.): *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*. Lisboa: Universidade Católica Editora (36-63).
- SCANDELARI, G. B. (2022): *Compliance e prevenção corporativa de ilícitos: inovações e aprimoramentos para programas de integridade*. São Paulo: Almedina.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2023): «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas». *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. 1, n.º 1 (1-23).
- SOARES CRESTANE, D. & M. C. HENNIG LEAL (2024): *Discriminação algorítmica e discriminação estrutural. Standards protetivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Tirant lo Blanch.
- STIEGEL, U., & DE SCHAMP, K. (2023): «The Impact of the European Commission's Rule of Law Report in Monitoring the Prevention and Fight against Corruption». *EUCRIM: The European Criminal Law Associations' Fórum*, n.º 4 (345-349).
- TASSINARI, F. (2024): «Issues of consistency and complementarity in eu privacy law: the europol's big data challenge». *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 63 (1-37).
- TAVARES DA SILVA, M. (2023): «A proteção de denunciante-Breves reflexões à luz do sistema de controlo interno do plano de recuperação e resiliência». En: MAIA, A. J. & F. PONTES (coords.): *Canais de denúncia nas organizações. Perspectivas pragmáticas*. Coimbra: Almedina (173-204).
- TEIXEIRA ALVES, L. (2021): «Whistleblowing: la tutela del trabajador denunciante en Portugal». *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIII (259-287).
- TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE (2013): *Uma alternativa ao silêncio: A proteção de denunciante em Portugal*. Lisboa: Transparência e Integridade/Transparency International Portugal [https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/07/TIAC_Uma-Alternativa-ao-Silencio2013.pdf].
- TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE (2020): *Contributos para uma Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 20.24. Resposta à Consulta Pública*. Lisboa: Transparência e Integridade/Transparency International Portugal [https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2020/10/TI-PT_Contributos%20ENCC20.24_Out2020.pdf].
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2018): *A Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*. Berlin: Transparency International [https://images.transparencycdn.org/images/2018_GuideForWhistleblowingLegislation_EN.pdf].

- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2020): *Assessing whistleblowing legislation. Methodology and guidelines for assessment against the EU Directive and best practice*. Berlin: Transparency International [https://images.transparencycdn.org/images/2020_Toolkit_AssessingWhistleblowingLegislation_EN.pdf].
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2021): *Global Corruption Barometer. European Union 2021. Citizens' Views and Experiences of Corruption*. Berlin: Transparency International [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/06/GCB_EU_2021-WEB-1.pdf].
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2023): *Corruption Perceptions Index 2022*. Berlin: Transparency International [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/CPI2022_Report_EN-web.pdf].
- UNIÓN EUROPEA (2022): *Conferencia sobre el Futuro de Europa. Informe sobre el resultado final* [https://conference-followup.europarl.europa.eu/cmsdata/267106/Report_ES.pdf].
- VALJAREVIC, A. & H. S. VENTER (2015): «A Comprehensive and Harmonized Digital Forensic Investigation Process Model». *Journal of Forensic Sciences*, vol. 60, n.º 6 (1467-1483).
- VIEGAS, M. (2022): «Do Luxleaks à Diretiva Europeia sobre proteção dos lançadores de alerta». En: *O whistleblowing em Portugal. Proteção do denunciante nas organizações*. Coimbra: Almedina (83-102).
- VILLORIA MENDIETA, M. & F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2019): «La calidad institucional de España: corrupción, transparencia e integridad». En: MONTABES PEREIRA, J. & A. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (coords.): *Gobierno y política en España*. Valencia: Tirant lo Blanch (759-786).
- VILLORIA MENDIETA, M. (2011): «Integridad». *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1 (107-113).
- VILLORIA MENDIETA, M. (2021): «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación». *Revista Española de la Transparencia*, n.º 12 (15-24).
- VV.AA. (2023): *Global Risks Report 2023*. Geneva: World Economic Forum.
- VV.AA. (2024): *2023 Annual Report*. Basel: Basel Institute on Governance.
- WIECZOREK, I. (2021): «The emerging role of the EU as a primary normative actor in the EU Area of Criminal Justice». *European Law Journal*, vol. 27, n.º 4-6 (378-407).
- WORLD BANK (2022): *Ukraine: rapid damage and needs assessment*. Washington: The World Bank [<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/37988>].
- WORLD BANK (2024): *Enterprise Surveys Indicator Descriptions*. Washington: The World Bank [<https://www.enterprisesurveys.org/content/dam/enterprisesurveys/documents/methodology/Indicator-Description.pdf>].
- WORLD ECONOMIC FORUM (2024): *The Global Risks Report 2024 (19th ed.)*. Geneva: World Economic Forum [https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2024.pdf].
- WORLD JUSTICE PROJECT (2023): *Rule of Law Index 2023*. Washington D. C.: WJP.

- YEOH, P. (2014): «Whistleblowing: motivations, corporate self-regulation, and the law». *International Journal of Law and Management*, vol. 56, n.º 6 (459-474).
- ZOLI, I. (2023): «The amendment of the PIF Directive by the new proposal for a directive on combating corruption». *EUCRIM: The European Criminal Law Associations' Fórum*, n.º 3 (279-281).

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL DENTRO DEL CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DECOMISO

The intervention of third parties affected by confiscation in spanish criminal proceedings in the context of the European Union criminal policy on confiscation

MIGUEL ÁLVAREZ HERNÁNDEZ*

Personal investigador en formación JCYL
Universidad de Salamanca
miwiah@usal.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PERSPECTIVA COMUNITARIA: LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO. 1. Primeros pasos y la Directiva 2014/42. 2. Período post-Directiva 2014/42 y la reciente Directiva 2024/1260, sobre recuperación de activos y decomiso. III. INTERVENCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. 1. La reforma de 2015: la LO 1/2015 y la Ley 41/2015. 2. Cuestiones previas: la naturaleza del decomiso de terceros y el concepto de tercero. 2.1. Naturaleza del decomiso de bienes de terceros. 2.2. El complejo concepto de terceros en el proceso penal español de cara a su intervención en el proceso. 3. Intervención en las distintas fases del proceso penal del tercero afectado por el decomiso. 3.1. La llamada al proceso del tercero. 3.2. Estatuto jurídico del tercero afectado por el decomiso: ¿es una parte procesal? 3.3. Posibles actuaciones del tercero en el proceso penal. 3.4. La sentencia y posibles actuaciones del tercero frente a ella. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

* Miembro del «Centro de Investigación para la Gobernanza Global» de la Universidad de Salamanca, así como de su «Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal». Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de I+D+i PID2022-138775NB-I00, financiado/a por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.

Resumen: Este trabajo pretende presentar un análisis de la intervención de terceros en el proceso penal español y destacar los rasgos de la política criminal comunitaria y española en materia de decomiso. Para ello, analizamos el desarrollo de los derechos del tercero afectado por el decomiso, desde su primer reconocimiento hasta la reciente Directiva 2024/1260. Tras ello, estudiamos a fondo la intervención del tercero en el proceso penal español, tratando de desentrañar su estatuto procesal y el régimen de derechos que le asiste. Finalmente, aportamos una serie de conclusiones que permiten encuadrar dicha regulación en contexto político-criminal, exponiendo las tendencias existentes en la materia.

Palabras clave: Decomiso de terceros - Proceso penal - Intervención de terceros - Recuperación de activos - Unión Europea - España.

Abstract: This paper aims to present an analysis of the intervention of third parties in the Spanish criminal proceedings and to highlight the features of the EU and Spanish criminal policy on confiscation. To do so, we analyze the development of the rights of the third party affected by confiscation, from its first recognition until the recent Directive 2024/1260. After that, we study in depth the intervention of the third party in the Spanish criminal process, trying to unravel its procedural status and the regime of rights that assists it. Finally, we provide a series of conclusions that allow us to frame such regulation in a political-criminal context, exposing the existing trends in the matter.

Keywords: Third-party confiscation-criminal procedure-Third-party intervention-asset recovery-European Union-Spain.

Abreviaturas

CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
DIR	Directiva
DM	Decisión Marco
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
PDIR	Propuesta de Directiva
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La política criminal en materia de decomiso ha centrado los esfuerzos del legislador de la UE en las últimas dos décadas. En respuesta, los Estados Miembros han introducido en sus ordenamientos distintas modalidades de decomiso a través de sucesivas reformas cada pocos años, como es el caso

de España. Todas ellas, comunitarias y nacionales, partiendo de una ineficacia en el sistema de recuperación de activos a través del decomiso que, podríamos afirmar, tiene carácter estructural.

Entre esos cambios, la posibilidad de atacar los bienes transferidos o adquiridos por terceros, que se introdujo con carácter vinculante por primera vez a través de la DIR 2014/42, se ha colocado en el centro de esas necesidades de una mayor eficacia. Esa importancia se ve reforzada por su regulación más reciente en la DIR 2024/1260. Un aspecto fundamental de esta posibilidad es, sin duda, el procedimiento a través del cual se aplica, y el régimen de derechos y facultades que asiste a aquellas personas afectadas por el mismo. Por tanto, de la mano de esa opción de atacar los bienes en manos de terceros, necesariamente tiene que venir un régimen de derechos y garantías que asista a los terceros como sujetos afectados y parte interesada en los procedimientos de decomiso.

A continuación, vamos a analizar como ese régimen de derechos se ha construido paulatinamente por el legislador comunitario, hasta alcanzar, hoy en día su máximo nivel de desarrollo. Pero dicho procedimiento y el estatuto procesal de aquellos involucrado se despliegan en el marco procesal de los Estados Miembros, por lo que, seguidamente, analizaremos el papel de esos terceros en el proceso penal español, su régimen legal, con los problemas y necesidades que forman parte de él. A partir de la reforma del decomiso de terceros en el ordenamiento nacional para adaptarla a los mandatos comunitarios, se gestó una reforma procesal con el fin de dotarle de un cauce adecuado para su aplicación, con especial hincapié en el papel de los terceros. Sin embargo, ese cauce no está exento de problemáticas que, en cierto modo, son reflejo de las propias contradicciones de la política criminal en cuyo seno han sido promulgadas. En las páginas que siguen analizamos esta problemática, y tratamos de darle un sentido dentro del contexto al que pertenecen: la búsqueda, a casi cualquier precio, de una mayor eficacia en la recuperación de activos transferidos a terceras personas.

II. PERSPECTIVA COMUNITARIA: LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

1. PRIMEROS PASOS Y LA DIRECTIVA 2014/42

La posición jurídica del tercero respecto a un eventual decomiso ha sido paulatinamente reconocida en la legislación comunitaria, de forma paralela a

la introducción y ampliación de modalidades de decomiso con la capacidad de afectar a sus derechos. Ya en los principales antecedentes internacionales que han inspirado la legislación comunitaria en materia de decomiso se reconoció la posible afectación de los derechos de terceros¹.

En el Considerando 3 de la Decisión Marco 2005/212 se incluyó una referencia al Plan de Acción de Viena², que indicó la necesidad de tener en cuenta los derechos de terceros de buena fe en materia de incautación y confiscación. Además, es reseñable que el art. 3.4 de la DM 2005/212 permitía a los Estados Miembros la posibilidad de “recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate”, sin mención al tercero como posible sujeto afectado, a pesar de que esta norma también abrió la puerta³ a atacar los bienes adquiridos por determinados terceros en su art. 3.3⁴. No obstante, dejó el estudio de esa posibilidad en manos de los Estados Miembros. Previsiones, sin duda, relevantes, ya que, en lo que respecta al análisis de los derechos y garantías aplicables, tanto respecto al investigado o encausado como a esos terceros, es clave determinar la naturaleza del procedimiento a través del cual se acuerda el decomiso. En materia de protección de los derechos de las “partes interesadas afectadas”, el art. 4 de la DM 2005/212 establecía la obligación para cada Estado Miembro de adoptar “las disposiciones necesarias para garantizar que las partes interesadas afectadas (...) dispongan de vías de recurso efectivas para defender sus derechos”.

En las evaluaciones del periodo de vigor de la DM 2005/212 las instituciones comunitarias insistieron, de forma unánime, en la necesidad de

¹ Así lo hicieron, por ejemplo, la Convención de Viena de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (art. 12.8), y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, del año 2003 (art. 31.9).

² Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (1999/C 19/01)

³ FARTO PIAY (2023: 6); RODRÍGUEZ-GARCÍA (2017: 86) habla de una decisión de resultados inciertos, pero a buen seguro con altos costes para derechos y garantías del sistema penal, en caso de hacer uso de esa posibilidad.

⁴ Art. 3.3 DM 2005/212: “Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o con sus allegados”.

reforzar el régimen de decomiso de terceros⁵, pero no se recogió, en ninguna de dichas evaluaciones, la necesidad de generar o reforzar un régimen de derechos y garantías que asistiese a los terceros de cara a ese eventual decomiso.

En este contexto se llegó a la propuesta de Directiva del año 2012 que, partiendo de esas evaluaciones de las distintas instituciones comunitarias, dio respuesta a sus peticiones⁶ e incluyó un artículo dedicado al decomiso de terceros⁷. En la justificación de su Exposición de Motivos, reconoce inquietud respecto a la plena vigencia de los derechos fundamentales en aplicación de la opción legislativa incluida en materia de decomiso de terceros⁸. Por ello, limita su aplicación a determinados supuestos tasados “con el fin de satisfacer el requisito de proporcionalidad y proteger la posición del tercero adquirente de buena fe”⁹. El precepto regulador del decomiso de terceros no recogió explícitamente ninguna mención a los terceros de buena fe, pero la PDIR sí incluyó un régimen de derechos y garantías de garantías mínimas para las “personas afectadas”¹⁰ por el embargo y decomiso, relacionadas con el art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹¹, cuya finalidad era “salvaguardar la observancia de la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo (incluido el principio *ne bis in idem*), reconocer vías de recursos judicial efectivo ante un órgano jurisdiccional y el derecho

⁵ Tanto el Consejo de la UE, en sus Conclusiones sobre el decomiso y recuperación de activos del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior (7769/2010), la Comisión Europea, en su Estrategia de Seguridad Interior de la UE-COM (2010) 673 final, como el Parlamento Europeo, en su Informe sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (A7-0333/2011), abogan, a partir del reconocimiento de la práctica habitual de transferir los activos a terceras personas con el fin de evitar el decomiso, por la intensificación de la aplicación de la legislación vigente en materia de decomiso de terceros y el refuerzo de dicho régimen jurídico en pro de una mayor eficacia, como paso esencial para atacar cualquier tipo de beneficio económico de la comisión de delitos.

⁶ AGUADO CORREA (2014: 8).

⁷ Art. 6 PDIR 2012.

⁸ Punto 2.1 de la Exposición de Motivos de la PDIR 2012.

⁹ Punto 2.6 de la Exposición de Motivos, relativo al art. 6, de la PDIR 2012.

¹⁰ Art. 8 PDIR 2012.

¹¹ El art. 47 de la CDFUE establece que “toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

a ser informado sobre cómo ejercer dichos recursos”¹². No obstante, diferenció entre el derecho a la tutela judicial efectiva, que reguló para todas esas “personas afectadas”, y el derecho a un juicio justo, que reconoció únicamente a los sospechosos. También llamativo el caso del derecho de defensa, que la PDIR 2012 solo reconoció en los supuestos de su art. 5, es decir, en los supuestos de aplicación del entonces novedoso decomiso sin condena. Este primer régimen de garantías en una norma comunitaria sobre decomiso comunitaria, aún en la fase de propuesta, fue criticado¹³ por ser susceptible de ir, precisamente, en contra de una mayor eficacia del régimen de decomiso propuesto. Una postura por la eficacia a cualquier precio valorada como “alarmante”¹⁴.

Esta propuesta desembocó en la Directiva 2014/42, de 3 de abril, que recogió novedades relevantes en materia de garantías. Reconoció, implícitamente¹⁵ a través de su Considerando 24, y explícitamente, en su Considerando 33, la posible afectación de los derechos de terceros en aplicación de las modalidades de decomiso reguladas. Este último, tras una referencia genérica a la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas, que incluye específicamente el derecho a ser oídos de los terceros. Además, mientras la PDIR 2012 no incluyó expresamente la necesidad de salvaguardar los derechos de los terceros de buena fe en el precepto dedicado al decomiso de terceros, la DIR 2014/42 si lo hizo. En su art. 8, dedicado a las garantías, encumbró el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio justo y a la preservación de los derechos de “las personas afectadas por las medidas establecidas en la presente Directiva”, que se interpretó que debía incluir, sin género de duda, a los terceros afectados¹⁶. A parte de

¹² Exposición de Motivos del art. 8 de la PDIR 2012.

¹³ Así lo hizo el Comité de las Regiones, en su Dictamen-Paquete sobre la protección de la economía lícita (2012/C 391/14), concretamente en su Recomendación Política I.39, donde emitió reservas “sobre la concesión de garantías demasiado detalladas en las distintas fases del procedimiento de embargo y preventivo y decomiso de activos de procedencia delictiva, porque presentan un riesgo potencial de paralizar el nuevo fundamento jurídico sobre el que se asientan el embargo y el decomiso de activos en la Unión”.

¹⁴ AGUADO CORREA (2014: 9).

¹⁵ AGUADO CORREA (2015: 25-26) deduce este reconocimiento implícito a partir del uso del condicional del Considerando 24 in fine, que expresa que “no deberían verse afectados los derechos de los terceros que actúen de buena fe”.

¹⁶ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 122-123) expresan que esto debe entenderse tanto respecto al uso del término “personas afectadas” del art. 8.1 DIR 2014/42, como a la expresa mención del art. 8.9.

ese reconocimiento genérico de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, que ahora sí reguló para todas las “personas afectadas”; a diferencia de la PDIR 2012¹⁷, recogió los derechos ser informado de las órdenes de embargo (8.2), la posibilidad efectiva de recurrir la orden de embargo que le afecte ante un órgano jurisdiccional (8.4), a la motivación e información de las resoluciones de embargo y decomiso (8.4), acceso a un abogado durante todo el procedimiento de decomiso y a ser informado de este derecho, ahora para todas las modalidades de decomiso, a diferencia de lo expuesto *supra* en la PDIR 2012 (8.7); la posibilidad de impugnar las circunstancias del caso, hechos específicos y pruebas disponibles en el caso del decomiso ampliado (8.8); derecho a reclamar indemnización (8.10). Es reseñable que, en su apartado noveno, sí menciona explícitamente a los terceros, reconociéndoles el derecho a reclamar la titularidad u otros derechos de propiedad sobre bienes afectados por el decomiso, aunque la interpretación expuesta, a la que nos adherimos, le atribuye implícitamente los derechos enumerados.

2. PERÍODO POST-DIRECTIVA 2014/42 Y LA RECIENTE DIRECTIVA 2024/1260, SOBRE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS Y DECOMISO

La evaluación más completa del periodo de vigencia de la DIR 2014/42 se llevó a cabo a través del Informe “*Crime does not pay*”¹⁸, cuyo contenido se considera piedra angular de las reformas posteriores¹⁹. En él, se valoró positivamente la regulación de la protección de los derechos de los terceros de buena fe a partir de la mención expresa incluida en el artículo dedicado al decomiso de terceros, que generó una homogeneidad en su protección en los ordenamientos de los Estados Miembros²⁰. En dicho informe, además, se reconoce la afectación a derechos de los terceros no procesados, por lo que de ello se reafirma la interpretación de que todas las garantías del art. 8 deben aplicarse a los terceros, a partir del término “personas afectadas”. Dicha interpretación se confirmó, si bien con años de retraso²¹, en

¹⁷ AGUADO CORREA (2015: 28-29).

¹⁸ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso (COM/2020/217 final).

¹⁹ AGUADO CORREA (2023: 2).

²⁰ Punto 2.2.5 del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso (COM/2020/217 final).

²¹ URIARTE VALIENTE (2022: 3) señala que las consideraciones de la Sentencia se encontraban, en ese momento, “plenamente superadas”.

los últimos años, a través de la muy relevante²² STJUE de 21 de octubre de 2021²³, que interpretó si el art 47 de la CDFUE debía impedir la aplicación de una disposición nacional que permitiese decomisar los bienes en manos de tercero sin que este tuviera opción real de intervenir en el procedimiento en que se acuerde dicho decomiso. La Sala Tercera resolvió que, sin duda, el art. 47 de la CDFUE se relaciona con el art. 8.1 de la DIR 2014/42²⁴, lo que necesariamente hace entender incluidos a los terceros en el término “personas afectadas” de dicho precepto²⁵, interpretación que a juicio de la Sala se desprende²⁶ del Considerando 33 de la DIR 2014/42²⁷, y que era interpretada así por la doctrina²⁸. Esta sentencia citó otra anterior, de tan solo unos meses antes, la STJUE de 14 de enero de 2021, aunque en su caso con referencia a la antigua DM 2005/212²⁹, por lo que la jurisprudencia comunitaria sentó su posición, con apoyo, a su vez, en la jurisprudencia del TEDH³⁰,

²² PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 163-164).

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:864).

²⁴ Considerando 75 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:864).

²⁵ Considerando 76 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:864).

²⁶ Considerando 77 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:864).

²⁷ El Considerando 33 DIR 2014/42 reconoce que la directiva “afecta sustancialmente a los derechos personales no solo de los sospechosos y acusados, sino también de terceros no procesados. Por consiguiente, es necesario establecer garantías específicas y recursos judiciales para garantizar la protección de sus derechos fundamentales al aplicar la presente Directiva”.

²⁸ RODRÍGUEZ-GARCÍA (2017: 92), que define como lógica la inclusión de los terceros dentro de los “afectados”.

²⁹ En los Considerandos 61 a 63 de la STJUE de 14 de enero de 2021 (EU:C:2021:8), el Tribunal se pronuncia acerca de las “vías de recurso” dispuestas por el art. 4 de la DM 2005/212, el STJUE valoró que las vías de recurso efectivas se deben garantizar no solo a las personas “declaradas culpables de una infracción, si no también a todas las personas afectadas (...) incluidos, por tanto, los terceros”, con base en el art. 47 CDFUE, que se debe interpretar en el sentido de que “el derecho a la tutela judicial efectiva significa que un tercero al que pertenece un bien que es objeto de una medida de decomiso debe poder impugnar la legalidad de dicha medida”.

³⁰ En concreto, apoyada en la STEDH de 13 de octubre de 2015 (recurso nº 3503/08), que declara admisible un recurso en base al art. 6.1 del CEDH, que regula el derecho a un proceso equitativo, incluyendo el derecho que la causa de toda persona sea oída, respecto de un caso en el que en el que, cita la sentencia en su punto 48, las autoridades “no indicaron ningún procedimiento doméstico bajo el cual el recurrente”, que era una empresa afectada por el decomiso de un camión de su propiedad por un delito en el

considerando que, en todo, caso, se debe entender a los terceros afectados por el decomiso como sujetos de los derechos y garantías reconocidos en las normas, aunque no se les mencione expresamente.

En la PDIR sobre recuperación y decomiso de activos de 2022³¹, que fue la principal respuesta a esas evaluaciones, se afrontaron algunas de las cuestiones expuestas. En ella se incluyó una amplia referencia a derechos fundamentales, interpretada³² para justificar su cumplimiento del art. 82.2 TFUE³³ y de la CDFUE y el CEDH. En este sentido, merecen especial atención los Considerandos 24 y 32. El Considerando 24 reconoció, de nuevo, la práctica de la transferencia de bienes a terceros a fin de evitar el decomiso, e incluyó tanto a personas físicas como jurídicas expresamente. Además, incluyó que la aplicación de las normas sobre decomiso de terceros no debe ir en perjuicio “del derecho de los terceros a ser oídos, incluido el derecho a reclamar la propiedad de los bienes en cuestión”, afirmando que, “en cualquier caso, no deben verse afectados los derechos de terceros de buena fe”. Vemos que lo que en el Considerando 24 de la DIR 2014/42 se verbalizó a través del condicional, aquí se expresa como un mandato, lo que podría interpretarse como un refuerzo de la intención de proteger esos derechos por parte del legislador comunitario. El Considerando 32 contiene una cláusula general de respeto a los derechos y principios de la CDFUE y el CEDH, así como de su interpretación por el TEDH, lo que incluye su interpretación del derecho del tercero afectado por el decomiso a un proceso equitativo, expuesta *supra*. El Considerando 33 reprodujo el mismo esquema de la DIR 2014/42³⁴, pero con relevantes diferencias en cuanto a contenido: la DIR 2014/42 mencionaba los derechos fundamentales en genérico, con inclusión expresa del derecho de los terceros a ser oídos, mientras que la PDIR 2022 incluyó, expresamente, el derecho a un juez imparcial, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, inclusión interpretada a favor de una naturaleza penal del decomiso y de los procedimiento a través del cual se aplica³⁵.

que la empresa no tenía responsabilidad alguna, “pudiera hacer valer sus derecho de propiedad”, así como no “intentar o justificar esa falta de acceso a un tribunal”.

³¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos {SEC (2022) 245 final}-{SWD (2022) 245 final}-{SWD (2022) 246 final}.

³² FARTO PIAY (2023: 13); GARRIDO CARRILLO (2023: 325-326).

³³ Art. 82.2 TFUE.

³⁴ GARRIDO CARRILLO (2023: 341).

³⁵ FARTO PIAY (2023: 14).

En el precepto que propone la regulación del decomiso de terceros, art. 13, propuso algunos cambios, sobre todo de redacción, no excesivamente determinantes, aunque alguno de ellos se valoró como positivo de cara a un refuerzo de la protección de terceros de buena fe³⁶. Sin embargo, planteó un cambio muy relevante en su art. 15, dedicado al decomiso sin condena, ya que propuso habilitar la aplicación del decomiso de bienes en manos de terceros a través del decomiso sin condena que, como exponemos *infra*, se ha consolidado en la vigente DIR 2024/1260.

La PDIR 2022 propuso, a su vez, una notable extensión del régimen de garantías aplicable. No obstante, una vez más, requirió de una interpretación del término “personas afectadas” que utilizó, de forma que se entendiesen incluidos los terceros como sujetos de todos los derechos del Capítulo, contando ya con el sólido argumento de la STJUE de 21 de octubre de 2021.

En cuanto a las garantías incluidas se encuentran la obligación de informar a las “personas afectadas” (art. 22). Recogió el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo (23.1), derecho a recurrir la resolución de embargo (23.2); derecho a impugnar la resolución de decomiso ante un órgano jurisdiccional nacional, así como las circunstancias pertinentes del asunto, que incluirán los hechos y circunstancias que basaron el conocimiento o debido conocimiento de la finalidad elusiva del decomiso por parte del tercero, incluyendo los hechos específicos y pruebas disponibles que hayan basado la conclusión del órgano jurisdiccional (23.4); cláusula de inaplicación del decomiso por motivos de proporcionalidad o penuria injustificada (23.5); posibilidad efectiva de recurrir la venta anticipada con efecto suspensivo (23.6); derecho de los terceros a reclamar la titularidad de un bien u otros derechos de propiedad (23.7) y derecho a asistencia letrada durante todo el procedimiento, así como a ser informada del mismo (23.8).

Recientemente ha entrado en vigor DIR 2024/1260, de 24 de abril, que persigue combatir los mismos fenómenos³⁷ y similares problemas³⁸, reco-

³⁶ AGUADO CORREA (2023: 22) así lo hace, por ejemplo, en referencia al cambio de usar el verbo “perjudicará”, del art. 6.2 de la DIR 2014/42, por el verbo “afectará” del art. 13.2 de la PDIR de 2022.

³⁷ En su Considerando 1, partiendo de la Evaluación de la Amenazada de la Delincuencia Grave y Organizada (SOCTA) de Europol, del año 2021, y las respuestas que se trata de ofrecer a partir de la Estrategia de la UE contra la delincuencia organizada para el periodo 2021-2025-COM (2021) 170 final-, da fe de la gravedad de la amenaza.

³⁸ En su Considerando 28, plasma la “práctica común y extendida que una persona sospechosa o acusada transfiera bienes o productos a terceros con su conocimiento, a fin de evitar el decomiso”.

nociendo, una vez más, la ineficacia de la normativa anterior. Encontramos varias cuestiones de gran relevancia para nuestro estudio. En cuanto a sus Considerandos, el Considerando 28 de la DIR 2024/1260 sigue la misma estructura que el Considerando 24 de la DIR 2014/42 y el Considerando 24 de la PDIR 2022, variando únicamente respecto a la mención de las novedades que recoge en materia de decomiso de terceros, desarrollado en su art. 13³⁹. Entre ellas, destacan la necesidad de que el requisito de conocer o haber debido conocer el tercero la finalidad de evitar el decomiso sea determinada por un órgano judicial⁴⁰, o que el importe de adquisición sea “claramente desproporcionado” respecto al valor de mercado, un término referencial que parece más claro que el “significativamente inferior al valor de mercado” que recogía la DIR 2014/42. También resaltar la novedad de incluir en la redacción el traslado de los bienes a partes “estrechamente relacionadas”, que aporta una referencia más específica que el genérico “tercero” de la DIR 2014/42, y el requisito cumulativo a ese traslado de que los bienes hayan permanecido bajo “control efectivo” de la persona sospechosa o acusada, redacción que parece pretender dar un impulso a un combate más eficaz frente a las sociedades pantalla y testaferros, valorada como un constante punto de ineficacia de la regulación. Mantiene, en su Considerando 45, la cláusula de respeto a los derechos y principios de la CDFUE y el CEDH, con énfasis, a través de su Considerando 46, en el derecho a un juez imparcial, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia,

³⁹ El art. 13 de la DIR 2024/1260 establece la regulación del decomiso de terceros: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que pueda procederse al decomiso de los productos del delito, o de otros bienes cuyo valor corresponda a los productos, que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por una persona sospechosa o acusada o hayan sido adquiridos por terceros de una persona sospechosa o acusada. El decomiso de los productos u otros bienes a que se refiere el párrafo primero será posible cuando un órgano jurisdiccional nacional haya determinado, basándose en los hechos y las circunstancias concretos de un caso, que los terceros en cuestión tenían o debían haber tenido conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso. Tales hechos y circunstancias incluyen: a) que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe claramente desproporcionado con respecto al valor de mercado de los bienes, o b) que los bienes se hayan transferido a partes estrechamente relacionadas y hayan permanecido al mismo tiempo bajo el control efectivo de la persona sospechosa o acusada. 2.El apartado 1 no perjudicará los derechos de terceros de buena fe.”

⁴⁰ Ya era una necesidad con las normas anteriores, pero su mención expresa puede suponer un refuerzo de la seguridad jurídica respecto a la acreditación de este requisito. Supone una expresa consagración de la “jurisdiccionalidad” del procedimiento de decomiso, como indicó GARRIDO CARRILLO (2023: 341) sobre la PDIR 2022.

que recoge expresamente a los terceros como sujetos a los que se debe garantizar la protección de sus derechos fundamentales en aplicación de la Directiva. Además, en materia de modalidades de decomiso que puedan afectar a los derechos de tercero incluye una regulación novedosa del decomiso sin condena, ya que consolida en su art. 15 la posibilidad de aplicar el decomiso de bienes de terceros a través del decomiso sin condena: “ los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que pueda procederse, en las condiciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, al decomiso de instrumentos, productos o bienes a que se refiere el artículo 12 o productos o bienes que se hayan transferido a terceros tal como se menciona en el artículo 13”, cuando se den las circunstancias tasadas dispuestas⁴¹. Una novedad aún más relevante si tenemos en cuenta, de nuevo, el Informe “*Crime does not pay*” de evaluación de la DIR 2014/42, ya analizado, ya que, entre sus peticiones incluye la necesidad de configurar el decomiso sin condena como una *actio in rem*, sin necesidad de abrir un proceso penal dirigido contra una persona. Aunque la DIR 2024/1260 no ha dado este paso, parece una tendencia a tener en cuenta en el futuro cercano, que habilitaría el decomiso de terceros *in rem* a través de un decomiso sin condena sin necesidad de llegar a una condena contra el autor de la infracción en un proceso penal.

Incluye otra novedad, no incluida en la PDIR 2022, que definitivamente elimina la necesidad de un esfuerzo interpretativo o de acudir a la jurisprudencia para incluir al tercero afectado como sujeto de la totalidad de las garantías que recoge el texto. Esto se debe a que, en su art. 3, dedicado a las definiciones, detalla los sujetos incluidos en el término “persona afectada”, que lo será cualquier a) persona física o jurídica contra la que se dicte resolución de embargo o decomiso; b) persona física o jurídica propietaria de bienes objeto de dichas resoluciones; c) los terceros cuyos derechos en relación con bienes sean objeto de una resolución de embargo o decomiso que se vean directamente afectados por dicha resolución; d) persona física o jurídica cuyos bienes sean objeto de una venta anticipada conforme a la Directiva”. Por lo tanto, ya no existe ninguna duda de que a los terceros se les aplica el régimen de garantías completo de la DIR 2024/1260, y no solo aquellas garantías en que se utiliza expresamente el término “tercero”.

⁴¹ Incluye la enfermedad de la persona sospechosa o acusada; la fuga de la persona sospechosa o acusada; el fallecimiento de la persona sospechosa o acusada; y la expiración del plazo de prescripción de la infracción penal correspondiente establecido por el Derecho nacional es inferior a quince años y ha expirado después de la incoación del proceso penal.

Dicho régimen se recoge en el Capítulo V, titulado “Salvaguardas”, que recoge las siguientes garantías, también para los terceros afectados por las resoluciones de embargo y decomiso: derecho a que se le comuniquen sin demora las resoluciones que le afecten, salvo aplazamiento por poner en peligro una investigación penal (art. 23); derecho a la tutela judicial efectiva y un juez imparcial (24.1); derecho de defensa, desmenuzado expresamente en derecho de acceso al expediente, derecho a ser oído sobre cuestiones de hecho, derecho a interpretación y traducción. No obstante, este derecho solo está garantizado en todo caso para los sospechoso o acusado, dejando libertad a los Estados Miembros para ampliarlo al resto de personas afectadas, incluyendo a los terceros (24.2); derecho a recurrir la resolución de embargo ante un órgano jurisdiccional (24.3); derecho a recurrir la resolución de decomiso ante un órgano jurisdiccional (24.5); derecho a recurrir las resoluciones de venta anticipada, dejando a los Estados Miembros la decisión de que dicho recurso tenga o no efecto suspensivo (23.6); derecho de los terceros a reclamar la titularidad u otros derechos de propiedad sobre un bien, incluyendo expresamente los supuestos de decomiso de terceros (23.7); derecho a asistencia letrada durante todo el procedimiento, y a ser informado del mismo (23.8).

III. INTERVENCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. LA REFORMA DE 2015: LA LO 1/2015 Y LA LEY 41/2015

En el año 2015, se llevaron a cabo sendas reformas que afectaron tanto al área sustantiva, principalmente a través de la LO 1/2015, como al área procesal, a través de la Ley 41/2015, que entre sus objetivos fundamentales tenían la trasposición de la DIR 2014/42.

La LO 1/2015 reformó profundamente el CP en materia de decomiso. Entre sus novedades, incluyó las modalidades de decomiso sin condena, en el art. 127 ter, y reformuló⁴² el decomiso de bienes de terceros en trasposición de la DIR 2014/42. La Ley 41/2015, por su parte, necesario complemento

⁴² Hablamos de reformulación, y no de absoluta novedad, porque en el ordenamiento penal español ya se permitía el decomiso de bienes en manos de terceros, en el antiguo art. 127 CP, que permitía el decomiso de “bienes, medios o instrumentos (...) así como las ganancias (...) a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente”, cuyos requisitos de aplicación fueron detallados en la Circular 4/2010 de la FGE.

procesal⁴³, reformó la LECrim y, entre sus cambios, introdujo el Título III ter en el Libro IV de la LECrim, cuyo Capítulo I lleva por rubrica “de la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso”. Antes de esta regulación, no existía en la legislación española un cauce propio para la intervención de terceros en el proceso penal, lo que generaba algunos problemas⁴⁴, que se iban enfrentado a través de jurisprudencia de casos concretos que daban las pautas para esta intervención⁴⁵. En consecuencia, estos cambios se definieron como necesarios⁴⁶, aunque, al mismo tiempo, recibieron fuertes críticas por motivos de seguridad jurídica, al existir imprecisiones y necesidades interpretativas, así como una convivencia entre cuerpos legales con poca coherencia entre ellos⁴⁷. Una reforma con un doble sentido⁴⁸, aumentar la eficacia en la lucha contra la delincuencia económica, y simplificar la forma de alcanzar los activos delictivos.

2. CUESTIONES PREVIAS: LA NATURALEZA DEL DECOMISO DE TERCEROS Y EL CONCEPTO DE TERCERO.

2.1. *Naturaleza del decomiso de bienes de terceros*

De cara al análisis de la intervención de terceros en el proceso penal, es crucial que abordemos, brevemente, el debate sobre la naturaleza del decomiso de bienes de terceros, un debate complejo y con profundas implicaciones prácticas.

⁴³ PLANCHADELL GARGALLO (2017: 14) recalcó la “necesidad evidente” que existía con carácter previo a la reforma para introducir esta regulación en la ley procesal, de cara a garantizar el principio de contradicción.

⁴⁴ CARRILLO DEL TESO (2018: 209-10) explica como la falta de este cauce era un habitual motivo de recurso; RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 554-555) explican como la reforma de 2015 supuso una formalización de la práctica de los órganos judiciales.

⁴⁵ Ese régimen jurisprudencial que definió los contornos de la intervención de terceros en el proceso incluye, entre otras, las SSTS 867/2002, de 29 de julio 1074/2004, de 18 de octubre; STS 338/2015, de 2 de junio; 602/2017, de 25 de julio STS 56/1997, de 20 de enero. En el plano doctrinal, lo comentan MARTIN PÉREZ (235-237) y PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 159:160).

⁴⁶ PLANCHADELL GARGALLO (2017: 14) recalcó la “necesidad evidente” que existía con carácter previo a la reforma para introducir esta regulación en la ley procesal, de cara a garantizar el principio de contradicción.

⁴⁷ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 159); CONDE FUENTES (2019: 720); RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 555-557)

⁴⁸ GARRIDO CARRILLO (2019: 174-175).

En este debate, la doctrina se divide entre dos posiciones. Una de estas posturas, de carácter minoritario, atribuye al decomiso de terceros una naturaleza civil. El núcleo de esta postura gira en torno a negarle un carácter sancionador, aportando argumentos como su equiparación a la responsabilidad civil derivada del delito⁴⁹ y sobre la naturaleza civil de la acción en la que se solicita⁵⁰, existiendo voces doctrinales que abogan por considerarlo una nulidad de negocio civil por causa ilícita⁵¹, y cuyo fundamento sería corregir una situación de enriquecimiento ilícito⁵². La principal consecuencia práctica: no se aplicaría respecto del tercero el estándar de derechos y garantías propios del proceso penal. Por otro lado, un grueso de autores afirma la naturaleza penal del decomiso de terceros⁵³. El punto de partida de esta argumentación es que el cauce para su acuerdo es, necesariamente, el proceso penal⁵⁴, y es acordado por un juez perteneciente a la jurisdicción penal, de forma dependiente a que en dicho proceso se declare la existencia

⁴⁹ URIARTE VALIENTE (2022a) así lo defiende, afirmando que, aunque no sean figuras jurídicas totalmente similares, se equipara a la responsabilidad civil derivada del delito. Sus argumentos incluyen que el decomiso de terceros se acuerda sin necesidad de que se imponga una pena al tercero, y su relación con la declaración de la existencia de un delito respecto al investigado o encausado no supondría su naturaleza penal, ya que esa dependencia no supone que la responsabilidad civil derivada del delito adquiera naturaleza penal.

⁵⁰ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO (2015) afirma que debe ser considerada necesariamente de naturaleza civil.

⁵¹ NIEVA FENOLL (2015), para quien su acuerdo por un juez penal no le atribuye naturaleza penal, ya que este es necesario para declarar la eventual existencia del delito del investigado o encausado, que, en base a la exclusividad de la jurisdicción penal, solo puede llevar a cabo ese juez penal, y que opera como la causa de ilicitud que activa la nulidad por la vía del art. 1275 CC.

⁵² En este sentido, a los tres autores antes citados, se unen algunas resoluciones jurisprudenciales minoritarias como la SAN 6/2020, de 1 de septiembre (ROJ 2205/2020), FJ 1º, que afirma que el decomiso de terceros “no supone una sanción penal, tampoco en el sentido de tercera clase de sanción. La acción de decomiso contra el tercero tiene naturaleza civil y en el proceso en el que se sustancia no rigen las garantías establecidas para el ejercicio del *ius puniendi*. Su fundamento está en evitar un enriquecimiento injusto”. Así lo afirma también el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015.

⁵³ GONZÁLEZ CANO (2016), ROIG TORRES (2016); AGUADO CORREA (2015), CARRILLO DEL TESO (2018), RODRÍGUEZ GARCÍA (2017), GASCÓN INCHAUSTI (2016), DIAZ CABIALE (2016), FARTO PIAY (2021), DE LA MATA BARRANCO (2017), FABIÁN CAPARRÓS (2017).

⁵⁴ Este argumento, genéricamente, ha sido criticado como insuficiente, pero se pormenoriza y refuerza con argumentos como la necesidad de que se solicite el decomiso a través de los escritos del Ministerio Fiscal o las acusaciones, su debate en las sesiones del juicio oral, y el deber de fundamentación y motivación en sentencia de su acuerdo.

de un delito cometido por el investigado o encausado. A pesar del esfuerzo del legislador en la reforma de la LO 1/2015 por dotar al decomiso de tercero de una naturaleza obligacional que le acercase al ámbito civil⁵⁵, sigue estrechamente unido al proceso penal, con una pluralidad de autores representativos y jurisprudencia que, tras dicha reforma, lo encajan en un *tertium genus* de sanciones penales⁵⁶. No aceptan su pretendida similitud con la responsabilidad civil derivada del delito, argumentando que el decomiso de tercero no depende, en ningún caso, de que se ejercite la acción civil en el marco del proceso penal, como también recuerda el TS⁵⁷, ni se puede dar destino a lo decomisado a fines de reparación o indemnización. Tampoco aceptan su equiparación con la nulidad de negocio civil por causa ilícita, ya que, en ese caso, los bienes regresarían al patrimonio del condenado, y procedería igualmente su decomiso por la vía directa del art. 127, suponiendo el decomiso de terceros, simplemente, un ahorro procesal⁵⁸. En conclusión, de cara al análisis de su intervención en el proceso, partiremos de la naturaleza penal del decomiso de bienes de terceros.

2.2. El complejo concepto de tercero en el proceso penal español de cara a su intervención en el proceso

El análisis de la intervención de terceros en el proceso penal requiere, también, una aclaración respecto a lo que se entiende por tercero, debido a una regulación dividida en dos cuerpos legales que mencionan a esta figura, entre el CP y la LECrim. Dicha falta de claridad deriva, también, de la opacidad respecto a las “personas afectadas” a las que refería la DIR 2014/42⁵⁹, que, no obstante, ganó en certeza a través de la jurisprudencia comunitaria

⁵⁵ FABIÁN CAPARRÓS (2017:434).

⁵⁶ CARRILLO DEL TESO (2018), FABIÁN CAPARRÓS (2017), AGUADO CORREA (2015). En plano jurisprudencial, es paradigmática la STS 793/2015, de 1 de diciembre, FJ 6º, que trae a colación la jurisprudencia de la Sala Segunda respecto al decomiso en general, sintetizando su carácter de consecuencia accesoria encuadrada en “una tercera clase de sanciones penales”, relacionada directamente con la pena y el derecho sancionador, de carácter personalista y obligado cauce procesal penal. Respecto al decomiso de terceros, señala específicamente, las facultades de la jurisdicción penal para constatar situaciones fraudulentas y levantar el velo de las titularidades jurídicas aparentes que tienen por objeto enmascarar el origen delictivo de los bienes.

⁵⁷ Añade la STS 793/2015, de 1 de diciembre, que el decomiso es una figura ajena a la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que esta es una figura de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que se examine en un proceso penal.

⁵⁸ GASCÓN INCHAUSTI (2016:15-16).

⁵⁹ GASCÓN INCHAUSTI (2016:8); RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 556).

y, finalmente, a través de la DIR 2024/1260, como hemos expuesto *supra*. De la lectura del art. 803 ter a) se extrae que, a efectos de regular su intervención en el proceso, hay un concepto de tercero desdoblado, que incluye, por un lado, al (i) “tercero distinto del investigado o encausado” al que “pertenece” el bien y, por otro, a los (ii) “terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo”. Como terceros, en ambos supuestos, deben entenderse incluidas tanto las personas físicas como las personas jurídicas⁶⁰, a pesar de no mencionarse explícitamente.

En primer lugar, el tercero, distinto al encausado, al que pertenece el bien afectado por el decomiso, es decir, quien ostenta su derecho de propiedad. Se entiende que este es el tercero al que se refiere el CP en su art. 127 *quater*⁶¹, y, por tanto, nos deriva al debate sobre lo que se debe entender por el “tercero de buena fe”, y las consecuencias de serlo o no serlo. El tercero de buena fe es un concepto que requiere interpretación, debido a que, a través de las reformas de 2015, se configura en torno a estados subjetivos difíciles de interpretar y aplicar⁶². En síntesis, el tercero de buena fe sería aquel que ha mantenido la buena fe en todo momento⁶³, entendiendo como tal el no haber tenido conocimiento ni haber tenido motivos para sospechar el origen de los bienes o la finalidad de evitar el decomiso de la transferencia y haber adquirido el bien a título oneroso⁶⁴, pudiendo presentar matices casuísticos a partir del complejo debate para determinar el nivel de imprudencia necesario respecto a esos “motivos para sospechar”⁶⁵. No obstante, las dificultades interpretativas se encadenan, ya que, en caso de no ser un tercero de

⁶⁰ CARRILLO DEL TESO (2018: 213) habla de que no entenderlo así sería “un contrasentido”, careciendo de lógica que las personas jurídicas pudieran ser investigadas o encausadas, pero no terceros intervinientes. Más: RODRÍGUEZ-GARCÍA (2017: 218); GASCÓN INCHAUSTI (2016:11).

⁶¹ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023:165-166); GARRIDO CARRILLO (2019: 173); FARTO PIAY (2020: 172).

⁶² DIAZ CABIALE (2016: 58); RODRÍGUEZ-GARCIA (2017: 210); VIZUETA FERNÁNDEZ (2023:12).

⁶³ Lo que RODRÍGUEZ HORCAJO (2022: 6) define como la “radical buena fe”; GASCÓN INCHAUSTI (2016: 11-12).

⁶⁴ Este requisito lo incluye URIARTE VALIENTE (2022:172-173).

⁶⁵ Existe un reforzando consenso a que con esa expresión se incluye la imprudencia como supuesto habilitante del decomiso de terceros, en este sentido ROIG TORRES (2016: 263); DEL CARPIO DELGADO (2017: 121-122), pero con posiciones diversas acerca del nivel de imprudencia necesario para que, efectivamente, habilite el decomiso. Algunos autores, como URIARTE VALIENTE (2022: 185) o HAVA GARCÍA (2015: 221-222), consideran suficiente una imprudencia leve, mientras que otros como CARPIO DELGADO

los de buena fe, podemos entrar el complejo debate interpretativo acerca de en qué casos se debe proceder al decomiso de terceros, o en cuales se debería proceder contra ese tercero de mala fe por delito, y aplicar, en su caso, el decomiso directo sobre los mismos bienes⁶⁶.

En segundo lugar, aquellos que son titulares de derechos distintos de la propiedad sobre los bienes potencialmente afectados por el decomiso. Esta redacción del art. 803 ter a 1 b) genera más dudas, y requiere de un esfuerzo interpretativo, cuyo resultado más pacífico es que incluye a los terceros con derechos sobre el bien distintos de los del art. 127 quater, en sentido negativo a la previsión anterior⁶⁷.

Una última cuestión a comentar es el resultado de afectación de los bienes, si debe entenderse como un perjuicio, o cualquier tipo de afectación, incluso positiva, habilita la intervención del tercero en el proceso penal. De nuevo, la necesidad de dirigirse a esta cuestión parte del silencio de la ley, pero una interpretación mayoritaria entiende que la afectación al derecho que ostente el tercero debe ser negativa, perjudicial⁶⁸, haciendo necesario un esfuerzo para determinar esa afectación perjudicial caso a caso, en cumplimiento de las garantías específicas que recoge el Considerando 33 DIR 2014/42⁶⁹, que dio causa a esta regulación, mención reforzada en el Considerando 46 de la DIR 2024/1260, analizada *supra*.

(2017: 122-123) la excluyen, creyendo que es exigible una imprudencia de mayor gravedad.

⁶⁶ Es posible un solapamiento con distintas figuras delictivas, entre las que destacan: el delito de blanqueo de capitales, doloso si tenía conocimiento del origen ilícito de los bienes, o imprudente si tenía motivos para sospechar del origen ilícito de los bienes; el delito de encubrimiento, si conociese, no bastando la sospecha, el origen delictivo de los bienes y su objetivo fuere el auxilio al autor para que se beneficie del producto del delito sin que exista ánimo de lucro propio; o el delito de receptación, si conociese, no bastando la sospecha, el origen delictivo de los bienes y no hubiere ánimo de lucro por su parte, así como situaciones fronterizas respecto a la figura del partícipe a título lucrativo del 122 CP.

⁶⁷ Así lo afirman PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 166), a partir del entendimiento de que se diferencia del tratamiento específico que se le da al tercero titular de los bienes en el art. 803 ter a 1 a).

⁶⁸ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 167) declaran que no tiene sentido atraer al tercero al proceso en caso de que su derecho pudiera verse afectado positivamente. Más: GASCÓN INCHAUSTI (2016: 17), que defiende que se trataría de una idea análoga al "interés legítimo y directo" del art. 13 LEC, aunque se requerirá ese análisis caso a caso.

⁶⁹ CARRILLO DEL TESO (2018: 211-212).

Por lo tanto, contamos distintas definiciones de tercero. Una en el CP, que requiere un gran nivel de interpretación y resolver complejos debates para su aplicación caso a caso, a través de una legislación poco clara que deja un amplio margen discrecional a los jueces y tribunales para elegir la opción menos esforzada para un decomiso más sencillo; y otra en la LECrim, con una definición más amplia y explícita⁷⁰, que divide en dos supuestos, a los que parece que trata de igualar en cuanto a su estatus de derechos y garantías.

3. INTERVENCIÓN EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO PENAL DEL TERCERO AFECTADO POR EL DECOMISO

3.1. La llamada al proceso del tercero

La llamada al proceso se regula en el art. 803 ter a de la LECrim, que expone que “el juez o tribunal acordará de oficio o a instancia de parte, la intervención en el proceso penal de aquellas personas que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que pueda derivarse razonablemente: a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o; b) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo”. Este precepto requiere de varios comentarios, de cara a una mejor delimitación⁷¹.

En primer lugar, la llamada al proceso del tercero es una decisión del órgano jurisdiccional, que puede tomar de oficio o a instancia de las partes personadas en el proceso, como indica el precepto. No obstante, el primer escollo interpretativo es su silencio respecto a si es posible que el juez o tribunal tome esa decisión instada por el propio tercero, que aún se encuentra fuera del proceso. La mayoría de la doctrina se inclina⁷² por aceptar que así debe ser, que se debe aceptar que el tercero inste su propia llamada al proceso, en aras de proteger de una manera más eficiente su derecho de de-

⁷⁰ GARRIDO CARRILLO (2019: 172).

⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 17) lo define como “oscuro”.

⁷² GONZÁLEZ CANO (2016: 114) explica como la intervención se debería configurar como un derecho para el tercero, cosa que el legislador no hace, pero aun así se debe interpretar en este sentido en aras de garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción. Más: PLANCHADELL GARGALLO (2017: 15-16), PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 168-169); CONDE FUENTES (2019: 725); GASCÓN INCHAUSTI (2016: 18-19); GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO (2015: 449); GARRIDO CARRILLO (2019: 178).

fensa y salvaguardar el principio de audiencia⁷³, ya que debe poder defender un derecho que le pertenece, y que puede verse afectado en dicho proceso.

Para que se llame al tercero al proceso, sea quien sea quien lo inste de entre los que pueden hacerlo, se deben comprobar los requisitos para que la llamada sea procedente⁷⁴. En primer lugar, el requisito subjetivo de que el tercero sea, efectivamente, un tercero de los legitimados por el ordenamiento jurídico para intervenir en el proceso. Por lo tanto, respecto a los requisitos subjetivos, el juez o tribunal deberá comprobar que se trata de un tercero titular de los bienes, o que ostenta otro derecho sobre el bien, y, en su caso, a expensas del complejo debate expuesto *supra*, debería comprobar que no se trata de un tercero de mala fe contra el que se deba proceder por delito. A su vez, en relación con lo dispuesto en el art. 803 ter a 2, debe valorar la verosimilitud de la información en la que se funda la pretensión de intervenir del tercero, y que no se trata de una persona interpuesta o en connivencia con el encausado, sin perjuicio de los comentarios que se harán al respecto *infra*.

En el plano objetivo, el órgano judicial debe comprobar que es razonable que el derecho que ese tercero ostenta sobre el bien puede verse afectado por un eventual decomiso acordado en la causa⁷⁵; que los bienes son producto del delito y que han pertenecido al investigado o encausado⁷⁶ y que se han transmitido al tercero por acto *inter vivos*⁷⁷.

No se regula, tampoco, el momento procesal en que debe acordarse la llamada del tercero. No obstante, en aras de la protección del derecho de defensa, lo más adecuado sería su acuerdo en el momento procesal más temprano en que el juez aprecie que el derecho del tercero puede verse afectado⁷⁸, una interpretación en línea con las previsiones comunitarias

⁷³ DIAZ CABIALE (2016: 65) así lo defiende, al valorar que “concorre un innegable interés legítimo” del tercero, en caso de que puedan verse afectados sus derechos.

⁷⁴ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 559) hablan de la necesidad un “doble juicio valorativo” de los elementos subjetivos y objetivos que deben concurrir.

⁷⁵ BUJOSA VADELL (2019: 711); PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 170).

⁷⁶ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 559-560).

⁷⁷ Aclara este extremo GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (2015: 445), y se adhiere GONZÁLEZ CANO (2016: 117), defendiendo que en caso de que fuera una transmisión mortis causa, lo que procedería sería abrir el proceso de decomiso autónomo por causa de fallecimiento del encausado.

⁷⁸ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 19); CARRILLO DEL TESO (2018: 213-214); PLANCHA-DELL GARGALLO (2017: 15-16).

más recientes⁷⁹. Si bien lo más probable parece pensar que en fase de instrucción se pueda dar ya esa afección (por ejemplo, si se adoptasen medidas cautelares sobre los bienes en cuestión), puede que el momento procedente sea posterior, en el trámite de escritos de las partes o incluso en fase de juicio oral, pero, en cualquier caso, antes de la sentencia⁸⁰. Se aboga por que sería aconsejable que la ley marcara, al menos, un límite temporal máximo, que no debería exceder a ese trámite de escrito de acusación o del Ministerio Fiscal⁸¹. Nada impediría que una llamada que ha sido considerada improcedente después se realice si al avanzar en el proceso se dan los requisitos jurídicos de admisibilidad para ello, una situación que puede darse sobre todo al terminar la fase de investigación⁸². Se defiende también la revocabilidad de la llamada al proceso, si en el desarrollo de este se demostrase que no se cumplen los requisitos de admisibilidad subjetivos y objetivos expuestos⁸³.

Acerca de la forma de la llamada, nada dice la norma, pero se argumenta que el medio adecuado es a través de auto, debidamente motivado, lo que debe incluir la justificación de los criterios valorados para proceder a la llamada del tercero en cada caso concreto⁸⁴.

Si la petición de llamada al tercero realizada por las partes o por el tercero se declara improcedente, cabe recurso de apelación contra dicha resolución, cuando esta sea posible en relación con el órgano jurisdiccional que haya declarado la improcedencia⁸⁵. En sentido contrario, se entiende que el

⁷⁹ Considerando 47 DIR 2024/1260, que indica que “las resoluciones de embargo, decomiso y venta anticipada deben comunicarse sin demora indebida a la persona afectada. No obstante, los Estados miembros deben poder establecer el derecho de las autoridades competentes a aplazar la comunicación de las resoluciones de embargo a la persona afectada cuando lo requieran las necesidades de la investigación. El objetivo de comunicar dichas resoluciones es, entre otros, permitir que la persona afectada las impugne. Por lo tanto, dicha comunicación debe, por regla general, indicar el motivo o motivos de la resolución en cuestión”.

⁸⁰ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 557-558), que lo señalan como fundamental en materia del derecho de defensa, para que esta recoja las alegaciones del tercero sobre extremos clave como su condición de buena fe, solicitar indemnización o demostrar no tener relación con posibles conductas obstruccionistas.

⁸¹ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 170-171); GARRIDO CARRILLO (2019: 178).

⁸² GASCÓN INCHAUSTI (2016:20).

⁸³ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 560).

⁸⁴ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 171-172); CARRILLO DEL TESO (2018: 214). RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 558-559).

⁸⁵ CONDE FUENTES (2019: 726-727).

auto que acuerde la llamada del tercero no será recurrible en apelación⁸⁶, pero sí lo sería a través de la impugnación de resolución judicial desfavorable a través del régimen de recursos ordinario de la LECrim⁸⁷, aunque otros autores defienden que la única posibilidad para oponerse al llamamiento sería intervenir en el propio proceso para que se revoque su llamamiento⁸⁸.

La ley regula los supuestos en el que juez puede prescindir de la llamada al tercero. El art. 803 ter a. 2 establece que “se podrá prescindir de la intervención de terceros en el procedimiento” en los siguientes casos:

- (i) En primer lugar, cuando “no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita”. Es el supuesto que genera menos controversia, valorándose en todo caso que se debe proceder a llamar al tercero si se consigue esa identificación o localización en un momento procesal posterior⁸⁹.
- (ii) En segundo lugar, cuando “existan hechos de los que puedan derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta”. Se entiende su finalidad de evitar dilaciones o complicaciones intencionadas del proceso⁹⁰, pero acogerse a este supuesto requiere una comprobación suficiente de la premisa⁹¹, en aras de no afectar al derecho de defensa del tercero.
- (iii) Por último, el caso de que los “supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él” Esta previsión genera numerosos conflictos interpretativos. En primer lugar, apreciamos una fehaciente descoordinación entre la regulación sustantiva del decomiso de terceros del art. 127 quater, y la regulación procesal de la intervención del tercero en el proceso penal. Esa “vinculación” de la que habla el art. 803 ter a. 2 b) determinaría, a efectos del art. 127 quater, la mala fe del tercero, por lo que precisamente (si no fuera procedente actuar contra él por delito⁹²)

⁸⁶ PILLADO GONZÁEZ & FARTO PIAY (2023: 172).

⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 21).

⁸⁸ GARRIDO CARRILLO (2019: 181).

⁸⁹ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 20); GARRIDO CARRILLO (2019: 179-180); GONZÁLEZ CANO (2016: 115).

⁹⁰ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 174); RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 563).

⁹¹ GONZÁLEZ CANO (2016: 116-117).

⁹² PLANCHADELL GARGALLO (2017: 15) defiende que esto sería lo procedente en todo caso para este supuesto. Se adhiere GONZÁLEZ CANO (2016: 116-117), que expresa

sería sujeto pasivo del decomiso de terceros⁹³, lo que deja patente la dificultad práctica de determinar el papel de la vinculación con el delito y la mala fe del tercero a la hora de valorar su posible intervención en el proceso⁹⁴. Si es susceptible de recibir una consecuencia sancionadora penal como el decomiso de bienes de terceros⁹⁵, debe garantizarse su derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁶ y al derecho de defensa⁹⁷. Un precepto que, en conclusión, genera profundas dudas respecto al principio de legalidad⁹⁸.

3.2. Estatuto jurídico del tercero afectado por el decomiso: ¿es una parte procesal?

Debido a lo escueto y, en ocasiones, impreciso de la regulación⁹⁹, el estatuto procesal del tercero interviniente en el proceso penal no está suficientemente claro. La duda surge, principalmente, por los indicios contradictorios en la LECrim, a través de una serie de previsiones con las que el legislador muestra su voluntad¹⁰⁰ de diferenciar el estatuto procesal del tercero y el del investigado o encausado.

Por lo dispuesto en el art. 803 ter a 5, que dispone, en el marco de la intervención del tercero en el proceso, que “*en el caso de que se acordare*

que, en este caso, se debería proceder por delito contra el tercero en causa separada, con suspensión de la causa donde fuese tercero, y si fuera absuelto en dicha causa por delito, se seguiría pudiendo atacar los bienes por la vía del decomiso de terceros en la causa que quedó suspendida, cuando esta se reanude.

⁹³ CARRILLO DEL TESO (2018: 215); GASCÓN INCHAUSTI (2016: 20-21).

⁹⁴ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 544) hablan de una “decisión binaria”: o es considerado como parte procesal y se le reconocen todos los derechos que le son propios, o no debe ser llamado y puede obviarse el llamamiento.

⁹⁵ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 21); CONDE FUENTES (2019: 726-727), PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 175-176).

⁹⁶ BUJOSA VADELL (2019: 711); GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (2015: 451).

⁹⁷ STS 100/2022, de 9 febrero (ROJ 400/2022), que en el punto 8 de su Primer Motivo valora, en relación con la STJUE de 21 de octubre de 2021 que la “llamada al proceso a los terceros que puedan verse afectado en su derecho de propiedad (...) obliga a garantizarles un estatuto defensivo compatible con las exigencias un proceso justo y equitativo”, con cita de los derechos incluidos en el art. 8 de la DIR 2014/42. En el plano doctrinal: FARTO PIAY (2020: 179) indica que supondría presumir conductas fraudulentas inaudita parte, lo que vulnera de forma fehaciente el derecho de defensa.

⁹⁸ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020:564) hablan de una “dejación de funciones” del legislador respecto a la salvaguarda de ese principio de legalidad.

⁹⁹ CARRILLO DEL TESO (2018: 218).

¹⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI (2016:25-26).

recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416 (LECrím)". Esta previsión connota que el legislador tiene la intención de otorgar al tercero la condición de testigo¹⁰¹. Primero, porque parece que tomarle declaración sería facultativo para el órgano judicial¹⁰² ("en caso de que"), y, segundo, porque se le remite a la dispensa del deber de declarar recogida en el art. 416 LECrím. Otra nota que le acercaría a ese carácter de testigo es la posibilidad de actuar en el juicio oral a través de su representación legal, sin que sea imprescindible que esté presente físicamente¹⁰³. Por otro lado, la asistencia letrada preceptiva durante toda su intervención, parecieran otorgarle el carácter parte procesal del proceso penal¹⁰⁴. A pesar de ello, no tendría mucho sentido esta diatriba, ya que se trata de una "decisión binaria"¹⁰⁵: o es parte procesal y se le deben reconocer todos los derechos que le son propios, o no procede su llamamiento, pero carecería de sentido llamarle para otorgarle un estatuto procesal *sui generis*, a medio camino entre el del testigo y la parte procesal, como parece pretender el legislador.

Esta cuestión se relaciona con el debate acerca de la naturaleza del decomiso de terceros. Al tratarse de una consecuencia sancionadora de naturaleza penal, que puede afectar directamente a la esfera jurídica del tercero¹⁰⁶, no quedaría más remedio que otorgar al tercero el estatus de parte procesal¹⁰⁷.

Esta conclusión supone aceptar que el tercero interviniente en el proceso penal debe tener los derechos que la ley otorga a las partes en el proceso penal, aunque algunos autores excepcionan la presunción de inocencia¹⁰⁸.

¹⁰¹ GARRIDO CARRILLO (2019: 183-184).

¹⁰² PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 176).

¹⁰³ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 25).

¹⁰⁴ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 177).

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 564-565).

¹⁰⁶ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 23-24) dice que, por este motivo, debe ser tratado como sujeto pasivo a todos los efectos respecto a aquello que pueda perjudicarle, y en todo caso estará amparado por el derecho a guardar silencio, ya que, si no, no se entiende la necesidad de contar con asistencia letrada preceptiva para su intervención.

¹⁰⁷ CONDE FUENTES (2019: 727); DÍAZ CABIALE (2016: 65-66) valora que, al menos, se debe otorgar los mismos derechos que a los investigados a los terceros titulares del bien; CARRILLO DEL TESO (2018: 216); RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 560), que añaden que, aparte de reconocérsele esa esfera de derechos de parte procesal, se debería incluso premiar su eventual actitud colaboradora.

¹⁰⁸ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 178-179) valoran que, como a este tercero no se le atribuye ninguna participación o responsabilidad en los hechos delictivos enjuiciados, no entraría en juego este derecho.

Esta interpretación, además, es más respetuosa con la legislación comunitaria analizada *supra*, tanto respecto de la DIR 2014/42, vigente en el momento en que se creó esta regulación, como respecto de la vigente DIR 2024/1260.

3.3. Posibles actuaciones del tercero en el proceso penal

a) Comparecer y oponerse. Especial referencia a la limitación del art. 803 ter b 1

El art. 803 ter b. de la LECrim indica que “*la persona que pueda resultar afectada por el decomiso podrá participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención*”. Por lo tanto, el tercero puede participar en el proceso penal desde que se produzca su llamada, momento a partir del cual queda habilitado para desplegar sus posibles actuaciones. Entre ellas: solicitar diligencias de investigación, o recurrir las resoluciones recaídas que le afecten¹⁰⁹.

Pero, no obstante, se impone una limitación legal sobre el contenido de su participación, ya que, prosigue el art. 803 ter b, que “*esta participación vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado*”. Este límite legal, si bien se reconoce su lógica de evitar dilaciones y distorsiones en el proceso¹¹⁰, genera numerosas críticas y controversias¹¹¹:

(i) En el análisis de estas situaciones, debemos, una vez más, partir de las conclusiones que hemos ido alcanzando a lo largo de nuestro análisis. En primer lugar, nos hemos posicionado en la naturaleza penal del decomiso de bienes de terceros, por lo que para el tercero estaría en juego sufrir

¹⁰⁹ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 180).

¹¹⁰ En este sentido, MORENO SANTAMARÍA (2023: 3181), que defiende que esta limitación afecta “como no podía ser de otra manera, a los extremos que afecten a sus bienes, pues el resto de las cuestiones que pudieran discutirse le serán totalmente ajenas. Más: DIAZ CABIALE (2016: 66-67);

¹¹¹ GASCON INCHAUSTI (2016: 22) habla de un “enfoque totalmente desafortunado” que desvirtuaría, por completo, el fundamento de la intervención de terceros en el proceso penal; GONZÁLEZ CANO (2016: 119) define esta limitación como “perturbadora”; CARRILLO DEL TESO (2018: 217) habla de una “limitación criticable”, ya que desde el momento en que es llamado, deja de ser un tercero; Más en este sentido: FARTO PIAY (2020: 182-183) que remarca la incompatibilidad de esta precisión con el mandato del Considerando 33 de la DIR 2014/42; PLANCHADELL GARGALLO (2017: 16)

una consecuencia sancionadora penal, una manifestación del *ius puniendi*. En segundo lugar, hemos determinado que el estatuto procesal del tercero interviniente debe ser equiparado al de una parte procesal una vez se acuerda su llamada, por lo que, en aras de poder desplegar todas las posibilidades alegatorias y probatorias que conforman su derecho de defensa, no se comprende esta limitación de posibilidades¹¹².

(ii) Uno de los problemas nucleares deviene en delimitar los diversos “elementos concomitantes”¹¹³ entre la posible afección a la esfera jurídica del tercero, la responsabilidad penal del encausado y una eventual responsabilidad penal del tercero. Un problema de compleja solución, en caso de tenerla, ya que se exagera por la propia configuración del decomiso de terceros en el art. 127 quater, en una clara muestra de descoordinación entre la norma sustantiva y la norma procesal.

Para proceder al decomiso de terceros, en virtud del art. 127 quater se debe acreditar: 1) La comisión de un delito por el investigado o encausado. Por ello, el tercero debe poder alegar acerca de la efectiva comisión del hecho punible¹¹⁴, ya que, el primer presupuesto de la posible afectación de sus bienes es la acreditación de la comisión del delito por el encausado. Después, el segundo requisito, la calificación jurídica del hecho, que también será una cuestión determinante de cara a la afectación de la esfera del tercero¹¹⁵; 2) La relación de los bienes a decomisar con ese delito, lo cual puede tener relación con la responsabilidad penal del encausado; 3) La transferencia o adquisición de los bienes al tercero y su legitimidad; 4) La mala fe del tercero. Evitar ser considerado como tercero de mala fe implica acreditar que no conocía o no tenía motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito (efectos y ganancias), o que no conocía o no tenía motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso (“otros bienes”¹¹⁶).

¹¹² En esta línea GONZÁLEZ CANO (2016: 128); PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 181); GARRIDO CARRILLO (2019: 183).

¹¹³ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 566-567) EXPLICAR; GARRIDO CARRILLO (2019: 184) remarcar la importancia de esa delimitación, ya que de algunos de esos elementos y las facultades de alegación y prueba del tercero sobre ellos puede depender una eventual reclamación de responsabilidad penal del tercero; Mas: GONZÁLEZ CANO (2016: 120-21).

¹¹⁴ CONDE FUENTES (2019: 728); GONZÁLEZ CANO (2016: 128).

¹¹⁵ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 22-23).

¹¹⁶ Término por el que deben entenderse los instrumentos, única categoría restante. Sobre esto: CARRILLO DEL TESO (2018: 205); VIZUETA FERNÁNDEZ (2023: 11-12); PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 133-134).

Para ello, debe desvirtuar la presunción *iusuris tantum* del art. 127 quater 2, cuya finalidad es aliviar la dificultad probatoria de ese conocer o haber tenido motivos para sospechar. Por tanto, el tercero, en aras de desvirtuar dicha presunción y proteger su esfera jurídica, deberá poder alegar y probar respecto a, al menos, que la transferencia no fue realizada a título gratuito o a precio inferior al real de mercado¹¹⁷, siendo estos conceptos de difícil delimitación por la vaguedad de la ley¹¹⁸, lo que hace que sean extremadamente difíciles de probar para el tercero¹¹⁹, ya que la transmisión se entiende ilegítima a través de la presunción.

(iii) El último problema al que haremos referencia, a efectos de analizar la limitación intervención del tercero en el proceso penal, son las altas opciones de solapamiento con otras figuras delictivas, que pueden determinar una eventual responsabilidad penal del tercero por distintos delitos. Analizando los delitos con lo que es más probable dicho solapamiento, el tercero debería poder dirigirse, alegar y probar, en aras de defenderse, al menos a las siguientes cuestiones:

En relación con un eventual delito de blanqueo capitales: respecto a la presunción de conocimiento del art. 127 quater 2 (doloso), o por imprudencia (debe poder alegar todo lo necesario para poder demostrar que la imprudencia no es grave, para no aplicársele el 301.3 CP), quedando a expensas de que una imprudencia leve no sea suficiente para, en su caso, habilitar el decomiso de terceros, sobre lo que hay debate. Probar sobre la finalidad

¹¹⁷ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 186) valoran la acreditación por parte del tercero de que no existe esa desproporción como la “tarea más difícil”.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ-GARCÍA (2017: 213) indica la falta de cualquier referencia; GARRIDO CARRILLO (2022: 359-360) defiende que es una cláusula demasiado abierta que genera problemas interpretativos flagrantes; DEL CARPIO DELGADO (2017:124); URIARTE VALIENTE (2022: 186).

¹¹⁹ . DEL CARPIO DELGADO (2017:123) valora que a través de esta presunción el objetivo del legislador para evitar la necesidad de prueba directa, ya que en ese caso tanto las condenas como el decomiso de bienes trasladados a terceros sería prácticamente inexistente; ROIG TORRES (2016: 263-264) añade que, en el caso de los efectos y ganancias, lo que hace el legislador es eximir de la prueba del dolo por su dificultad para acreditarlo. Más sobre esta postura: RODRÍGUEZ HORCAJO (2022: 9-10) lo define como una “flexibilización del principio de buena fe” que puede ser razonable atendiendo a la complejidad de las operaciones económicas destinadas a proteger el patrimonio delictivo. Más: DE LA MATA BARRANCO (2017: 9); PLANCHADELL GARGALLO & VIDALES RODRÍGUEZ (2018: 68-70).

de encubrir el delito antecedente, ya que, en caso de concurrir, no podría negarse la existencia de este delito¹²⁰.

Respecto a un eventual delito de receptación: ante el muy probable solapamiento¹²¹, deberá probar que no conocía el origen ilícito¹²² (no bastando los motivos para sospechar por ser necesariamente doloso, pero es difícil delimitarlo, ya que el art. 127 quater 2 hace referencia a los dos conjuntamente; que no existía ánimo de lucro por su parte¹²³, y que no ha tenido ninguna participación en el delito antecedente¹²⁴).

Por último, respecto a un posible delito de encubrimiento: deberá poder alegar y probar respecto a que no conocía (de nuevo, no bastan las sospechas¹²⁵, pero el art. 127 quater 2 no diferencia en su presunción; que no ha participado en el delito antecedente¹²⁶; y que no tenía ningún objetivo de auxiliar al autor para que se beneficie del producto¹²⁷ (lo cual, podría entenderse en el caso de que se presuma, en aplicación del art. 127 quater, que su finalidad era evitar el decomiso u ocultar su origen ilícito).

Respecto a todos estos extremos, y ante estas situaciones límite entre distintas figuras y el decomiso de terceros, deben reconocérsele los derechos a guardar silencio, a no responder o a no reconocer los hechos que le

¹²⁰ STS 265/2015, de 29 de abril, ROJ (1925/2015), Fundamento Jurídico Octavo, indica que “lo determinante debe ser la aplicación del criterio referido, que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo seleccionado”, en relación con el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1CP.

¹²¹ DOLZ-LAGO (2017: 7); DÍAZ CABIALE (60-61); STS 265/2015, de 29 de abril (ROJ: 1925/2015), Fundamento de Derecho Undécimo.

¹²² GONZÁLEZ CUSSAC (2023: 1939).

¹²³ GONZÁLEZ CUSSAC (2023: 1940), valora que esta la diferencia fundamental con el delito de encubrimiento.

¹²⁴ STS 163/2020, de 19 de mayo (ROJ 1288/2020).

¹²⁵ El conocimiento de la comisión de un delito es imprescindible en el tipo del encubrimiento, un conocimiento que debe ser “sin género de dudas”. Ello no significa que se haya conocer pormenorizadamente todas las circunstancias del delito, cabiendo el conocimiento presencial, por referencias o inferencias, como analiza CARBALLO CUERVO (2019: 2193-2194); CANCIO MELIÁ (2023: 2796). En el plano jurisprudencial, como resoluciones representativas de esta posición: STS 332/2003, de 21 de marzo (ROJ: 1977/2003), en su Fundamento de Derecho Sexto, indica que “en las tres modalidades típicas de este delito es preciso el conocimiento por quien fuera encubridor, del hecho concreto al que colabora a encubrir”. Más en este sentido: STS 800/1995, de 20 de junio (ROJ: 10481/1995).

¹²⁶ CANCIO MELIÁ (2023: 2795). SSTS 2569/1994, de 10 de noviembre; 187/1996, de 1 de marzo; 40/1998, de 24 de enero.

¹²⁷ DIAZ CABIALE (2016:60).

resulten perjudiciales, ya que, de lo contrario, se pondría al tercero en un manifiesto riesgo de autoincriminación.

b) Comparecer y no oponerse al decomiso solicitado

El art. 803 ter a 4 de la LECrim establece que “*si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya se hubiese acordado*”.

Sobre esta posibilidad de actuación del tercero, lo más importante es remarcar que su no oposición al decomiso no debe suponer, en ningún caso, que se acuerde el decomiso directamente¹²⁸. De nuevo, recordando la naturaleza penal del decomiso de terceros, se trata de una manifestación del *ius puniendi*, por lo que no es disponible para el tercero titular de los bienes¹²⁹, sino que deberán acreditarse los requisitos para su acuerdo, ya detallados *supra*. En caso de que se trate de un tercero con otro derecho distinto de la propiedad sobre el bien, el derecho si es disponible¹³⁰, por lo que el bien quedaría libre y el tribunal debería recogerlo así en el fallo.

Se trataría, por tanto, únicamente de una renuncia a intervenir y hacer uso en el proceso de las facultades de alegación y prueba que forman parte de su estatuto procesal¹³¹, lo que no debe suponer la pérdida de dicho estatuto de parte procesal¹³².

c) No comparecer. Declaración de rebeldía

El tercero podría optar por no comparecer al llamamiento acordado. El art. 803 ter b 4 dispone que “*la incomparecencia del afectado por el decomi-*

¹²⁸ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 21) valora que, en ningún caso, se trata de un allanamiento. RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 561-562) expresan que el valor jurídico de la no oposición únicamente supone una negación a defenderse directamente, pero en ningún caso supone aceptar la procedencia del decomiso, al ser la intervención un derecho procesal del tercero del que puede o no hacer uso. Más en este sentido: PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 187); CONDE FUENTES (2019: 729); CARRILLO DEL TESO (2018: 215); RODRÍGUEZ-GARCÍA (2017: 240); GARRIDO CARRILLO (2019: 182).

¹²⁹ DÍAZ CABIALE (2016: 66).

¹³⁰ DÍAZ CABIALE (2016: 66).

¹³¹ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 21); RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 562); GARRIDO CARRILLO (2019: 181).

¹³² DÍAZ CABIALE (2016: 66-67) argumenta en este sentido, defendiendo que lo contrario sería una clara contravención del principio de audiencia.

so no impedirá la continuación del juicio". A su vez, el art. 803 ter d regula la incomparecencia del tercero afectado: "*La incomparecencia del tercero afectado por el decomiso que fue citado de conformidad con lo dispuesto en esta ley tendrá como efecto su declaración en rebeldía*".

En primer lugar, es reseñable que el precepto no establece ninguna diferencia según la voluntariedad de la incomparecencia, ya que, de la lectura del art. 803 ter d. 2, que reza que "*los mismos derechos previstos en el apartado anterior se reconocen al tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia*", se deduce que la regulación del apartado anterior (art. 803 ter d.1) versan sobre los casos de incomparecencia voluntaria. Por tanto, las normas que rigen esta incomparecencia, sus efectos y sus posibilidades en materia de rescisión, analizados *infra*, serán los mismos sea la incomparecencia voluntaria o involuntaria, una decisión criticada¹³³.

Su efecto principal es la declaración en rebeldía del tercero, acorde a las normas LEC. Acudiendo a estas normas, arts. 496 a 508 LEC: (i) el art. 496.2 LEC reza que "*la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo en los casos en que la ley expresamente diga lo contrario*". Sobre esta cuestión, ya hemos negado la posibilidad de que el decomiso se acuerde automáticamente, al ser una consecuencia sancionadora de naturaleza penal, manifestación del *ius puniendi*. No obstante, este precepto reforzaría el argumento de que no podría acordarse el decomiso automáticamente, y deberían acreditarse, a pesar de la no comparecencia del tercero, los requisitos para su aplicación, incluso en el supuesto de que se diera por válida una naturaleza

¹³³ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 188) defiende que, al menos respecto a las posibilidades de instar la rescisión de sentencia, debería diferenciar el legislador entre la incomparecencia voluntaria y la involuntaria; RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 567) argumentan que la regulación del precepto se refiere a la ausencia voluntaria y querida ya que, en caso de no serlo, acorde a las normas LEC de los efectos de la rebeldía, si el juicio se celebrase en ausencia involuntaria, la sentencia que afecte a su esfera jurídica podrá ser rescindida, en atención de una interpretación del art. 803 ter d 1 respetuosa con la lectura conjunta de los arts. 8 y 9 de la DIR 2016/343/UE, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio, que regulan el derecho a estar presente en juicio, las excepciones en las que se puede continuar el juicio en ausencia y las consecuencias de conculcar este derecho, que exige permitir una "nueva apreciación del fondo del asunto" que incluso "pueda desembocar en la revocación de la resolución original".

de pretensión civil¹³⁴; (ii) el régimen de notificaciones, la comunicación de la existencia del proceso, y la comparecencia posterior; (iii) En materia de recursos, respecto a la sentencia que afecte los bienes del tercero rebelde, podrá interponer recurso de apelación o de casación cuando procedan (art. 500); (iv) En materia de rescisión, se analiza infra en cuanto a los efectos de la sentencia y las posibilidades del tercero al respecto, limitados, eso sí, a los pronunciamientos de la sentencia que afecten a su esfera jurídica (de nuevo, reproducibles aquí algunos de los argumentos expuestos *supra* acerca de esta limitación de actuación).

3.4. La sentencia y posibles actuaciones del tercero frente a ella

Cuando se dicte sentencia, y esta acuerde el decomiso de los bienes de tercero, deberá ser notificada al tercero, incluso en el caso de que no hubiera comparecido (art. 803 ter c), ya fuera de forma voluntaria o involuntaria¹³⁵.

Los efectos de la sentencia sobre el tercero incluyen:

- (i) Los bienes que le pertenecían o sobre los que tenía algún derecho pasan a ser de titularidad estatal, a tenor de lo dispuesto en el art. 127 octies 3 CP¹³⁶, y la Disposición adicional sexta de la LECrim en relación con el art. 367 quinquies LECrim, que regulan el destino tras la resolución judicial firme de decomiso¹³⁷ y la realización de los efectos judiciales, respectivamente.
- (ii) Efecto de cosa juzgada material. El límite subjetivo conforma a quienes han sido parte en el proceso que concluye con la sentencia o, a los que pudiendo haber sido parte en el mismo, por haber sido

¹³⁴ Sobre los efectos de la rebeldía en las pretensiones civiles: MARTÍN GONZÁLEZ (2023: 2397-2398), que analiza que esta disposición no puede interpretarse como un allanamiento a las pretensiones del demandante ni se trata de una admisión de hechos en una especie de “ficta confessio”, no exonerando al actor de la carga de prueba de los hechos que fundamenten su pretensión. Tampoco exime al juez de examinar y valorar el material probatorio aportado para formarse una convicción sobre los hechos.

¹³⁵ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 189).

¹³⁶ Art. 127 *octies* 3 CP: “Los bienes, instrumento y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinado al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.

¹³⁷ La Disposición Adicional Sexta LECrim dispone que “cuando recaiga resolución judicial firme de decomiso, los recursos obtenidos serán objeto de realización y la cantidad obtenida se aplicará en la forma prevista en el artículo 367 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

llamados, optaron por no constituirse en parte o intervenir en el proceso¹³⁸. Por tanto, en sentido contrario, el efecto de cosa juzgada material no se extiende respecto del tercero que no ha sido llamado al proceso, que podrá promover la rescisión de la sentencia.

- (iii) Sobre el régimen de recursos que asiste al tercero. Acerca de esta cuestión, debemos hacer un análisis pormenorizado, ya que la configuración legal es confusa. El art. 803 ter c dispone que *“la sentencia que acuerde el decomiso será notificada a la persona afectada por el mismo, aunque no hubiera comparecido en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 803 ter a. La persona afectada podrá interponer contra la sentencia los recursos previstos en esta ley, aunque deberá circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no podrá extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado”*. Por otro lado, el art. 803 ter d.1 establece la declaración de rebeldía del tercero llamado que no comparece, y dictamina que *“la rebeldía del tercero afectado se regirá por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al demandado rebelde incluidas las previstas para (...) los recursos frente a la sentencia”*. Por su parte, el art. 803 ter d. 2 recoge que *“los mismos derechos previstos en el apartado anterior se reconocen al tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia”*.

Por tanto, a la luz de una lectura integradora de estos artículos, debemos diferenciar varios supuestos respecto al régimen de recursos que asiste al tercero, con distintos problemas y situaciones a interpretar, según las diversas circunstancias que rodeen a ese tercero en el proceso: 1) Tercero llamado al proceso que comparece en el mismo. Este tercero estaría incluido en el art. 803 ter c, como “persona afectada” por la sentencia, por lo que le asistiría el régimen de recursos de la LECrim.; 2) tercero llamado al proceso que no comparece por causa voluntaria. Respecto a este tercero, como hemos analizado supra, procede su declaración de rebeldía y, por tanto, en virtud del propio art. 803 ter d.1, le asiste el régimen de recursos frente a la sentencia de la LEC; 3) tercero llamado al proceso que no comparece por causa involuntaria. Al no diferenciar la ley entre la incomparecencia voluntaria y comparecencia involuntaria a la hora de declarar rebelde al tercero que no comparece, también expuesto supra. Por lo tanto, de nuevo en apli-

¹³⁸ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 190).

cación del art. 803 ter d.1, a este tercero le asiste el régimen de recursos de la LEC; 4) tercero que “desconoce la existencia del proceso”. El art. 803 ter d.2 extiende el régimen del tercero declarado rebelde por incomparecencia a aquel “tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia”. No dice nada la ley acerca de los motivos por los que el tercero desconoce la existencia del proceso que culmina en una sentencia que acuerda un decomiso de bienes de su titularidad o sobre los que tiene algún derecho, por lo que no habría motivo para entender que excluye los supuestos en que es posible prescindir de la llamada al proceso del art. 803 ter a. 2¹³⁹. Por tanto, el tercero no llamado al proceso que desconoce su existencia, y afectado por el decomiso acordado en sentencia, aunque el motivo del desconocimiento sea uno de los supuestos en que es posible prescindir de la llamada al proceso, se rige por el régimen de recurso de la LEC, en virtud del art. 803 ter d.2.

Respecto a todos ellos, eso sí, se aplica la limitación, prevista tanto en el art. 803 ter c como en el art. 803 ter d, de solo poder circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos y situación jurídica, y no podrán extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encasado. Sobre esta limitación, se reproducen las críticas y consideraciones expuestas *supra*, en nuestro análisis acerca de esta misma limitación a la hora de determinar el contenido de la intervención del tercero en el proceso antes de la sentencia.

Por lo tanto, al tercero afectado por el decomiso que comparece en el proceso, le correspondería el régimen de recursos de la LECrim, que incluye el recurso de apelación ante distintos órganos, dependiendo del órgano que dictase la sentencia recurrida¹⁴⁰, y el recurso de casación, ya sea por infracción de ley¹⁴¹ o por quebrantamiento de forma¹⁴².

¹³⁹ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 26) argumenta que esta “cláusula de cierre general” del art. 803 ter d.2 da cabida a todos esos casos en que no hubiera tenido el tercero la oportunidad de conocer.

¹⁴⁰ Incluye el recurso de apelación contra sentencias dictadas por el Juez de lo Penal (art. 790.1. I LECrim); contra sentencias dictadas por el Juez Central de lo Penal (art. 790.1.II LECrim), contra las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial, en primera instancia por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado (art. 846 bis a I LECrim) y contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 846 ter 1. LECrim). Sobre ello: CALAZA LÓPEZ (2019: 435-438); DIAZ MARTÍNEZ (2021a: 527-548).

¹⁴¹ Incluye los supuestos de vulneración, violación o inobservancia de la ley, y puede ser ordinaria, en el caso de transgresión de un precepto del CP, o constitucional (art. 852),

Por su parte, al resto de terceros, como hemos analizado, les sería aplicable el régimen de recursos frente a las sentencias de la LEC, que engloba el recurso de apelación, regulado en los arts. 455 y de la LEC, contra sentencias definitivas dictadas en primera instancia por Juzgados de Paz o Juzgados de Primera Instancia; el recurso extraordinario por infracción procesal, ceñido a los motivos tasados, centrados, en vicios procesales, y para el control de los derechos, de corte eminentemente procesal, del art 24 de la CE, contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia, con necesidad de recurrir simultáneamente en casación, debido a la unificación del órgano competente en la Sala de lo Civil del TS¹⁴³; el recurso de casación ante la Sala de lo Civil del TS¹⁴⁴, ante sentencias dictadas por las AP, y por los motivos tasados en el art. 477.

(iv) Sobre la posibilidad del tercero de instar la rescisión de la sentencia. En materia de rescisión de sentencia, el mandato legal incluye las mismas posibilidades de rescisión tanto al tercero llamado que no comparece de forma voluntaria, como al que no comparece por desconocer la existencia o pendencia del proceso, y por lo tanto comparece de forma involuntaria. De nuevo, queda la duda de si ese “tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia” incluye al que no fue llamado, ya que solo habla de desconocimiento, sin discernir entre unas causas u otras. No obstante, esta igualdad de posibilidades se ha criticado, ya que se considera¹⁴⁵ que solo debería darse la posibilidad de rescindir al tercero llamado que no comparece por causas ajenas a su voluntad, a través de una interpretación del art. 501 de la LEC. Esa generosa

en el caso de infracción de un precepto recogido en la constitución, pudiendo haberse producido la infracción, en ambos casos, por un error de derecho (*error iuris*) o por un error en la determinación de los hechos (*error facti*), como delimita el art. 849 LECrim. Así lo sintetizan CALAZA LÓPEZ (2019: 438-439); DÍAZ MARTÍNEZ (2021b: 553-554).

¹⁴² Entendiendo por tal lo supuestos de vulneración de algún precepto de orden procesal, ya sea durante la tramitación, (art. 850 LECrim) (*error in procedendo*) o en el momento de su resolución, en lo que se denomina error en el enjuiciamiento (*error in iudicando*, art. 851 LECrim), pudiendo interponerse casación por ambos motivos simultáneamente, en los supuestos recogidos en el art. 847.1.a) LECrim, que incluye las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ, y las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. CALAZA LÓPEZ (2019: 438-440); DÍAZ MARTÍNEZ (2021b: 554-555).

¹⁴³ Art. 478 LEC.

¹⁴⁴ Arts. 477 y ss LEC.

¹⁴⁵ PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 191); RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 567).

previsión legal se ha explicado como un intento de minimizar la problemática generada por las restricciones a su llamamiento y la configuración que trata de darle al estatuto procesal del tercero, alejándole de la categoría de parte procesal¹⁴⁶, que aquí hemos rechazado. A pesar de aplicar a estos terceros las normas de rescisión de sentencias de la LEC, los arts. 501 a 508 de la LEC, la doctrina entiende que, sin duda, debe tratarse de una rescisión de una sentencia penal¹⁴⁷.

Si el tercero pretende la rescisión de sentencia firme, procediendo por ser uno de los casos del art. 501 de la LEC, se practicará la prueba pertinente y resolverá el tribunal mediante sentencia no recurrible (art. 505.1 LEC). Tras la sentencia estimatoria de la rescisión, se entra de nuevo a conocer acerca de la acción de decomiso, siguiendo el procedimiento del art. 803 ter d:

- a) *“El tercero tendrá plazo de diez días para presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso, con proposición de prueba, en relación con los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte”*. Utiliza el término *“demanda”* de decomiso, que no procedería, por la naturaleza penal del decomiso de terceros, en la que nos hemos posicionado. El término *“demanda de decomiso”* solo se utiliza, aparte de aquí, en la regulación del procedimiento de decomiso autónomo¹⁴⁸, terminología criticada por los mismos motivos.
- b) *“Presentado el escrito en plazo el órgano jurisdiccional resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante auto y, con arreglo a las normas generales, se señalará fecha para la vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afectación de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal”*. De nuevo, confusión terminológica acorde a la intención del legislador de dotar de naturaleza civil al decomiso de terceros, al hablar de *“acción civil”*; cuando la acción que pretende la imposición del decomiso como consecuencia sancionadora penal debe ser, por tanto, considerada una acción penal.
- c) *“Frente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en esta ley”* (la LECrim). Por lo tanto, frente a la sentencia de un juicio rescindente originado en virtud de las normas de la LEC, como im-

¹⁴⁶ GASCÓN INCHAUSTI (2016: 26).

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ-GARCÍA & ORSI (2020: 568); PILLADO GONZÁLEZ & FARTO PIAY (2023: 192); CARRILLO DEL TESO (2018: 218-219).

¹⁴⁸ Art. 803 ter I LECrim.

ne el art. 803 ter d, se podrán imponer los recursos dispuestos en la LECrim. Se une ello a la disparidad en materia de régimen de recursos expuesta *supra*.

- d) Por último, dispone la ley que “*si no se presenta escrito de contestación a la demanda en plazo o el tercero no comparece en la vista debidamente representado se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados*”.

Nos queda la duda, debido a la poca claridad de la ley, de si este régimen para instar la rescisión incluye al tercero llamado que comparece en el proceso o, en cambio, para poder atacar la sentencia, dicho tercero distinto de los terceros incluidos en el art. 803 ter d. 1 y 2, le asiste el régimen de la LECrim, que incluye la revisión y la anulación de sentencia, en su caso.

IV. CONCLUSIONES

El estudio de la regulación de la intervención de terceros en el proceso penal español permite ubicarlo en el marco de la política criminal comunitaria y nacional en materia de recuperación de activos, y extraer algunas reflexiones interesantes que sirven para concluir nuestro estudio.

La UE, en sus primeras regulaciones respecto al decomiso, comenzó reconociendo tímidamente en la DM 2005/212 la necesidad de establecer vías de recurso para las “partes interesadas afectadas”, aunque también dio muestras de sus intenciones de alejar los procedimientos de decomiso del ámbito penal. Tras ese punto de partida, en el ordenamiento comunitario hemos observado dos fenómenos que podríamos calificar de antagónicos, relacionados con la regulación del decomiso.

Por un lado, un progresivo alejamiento del decomiso de una naturaleza firmemente penal, a través de pasos muchas veces implícitos. La DM 2005/212 planteó la posibilidad de aplicar el decomiso a través de procedimientos distintos a los de naturaleza penal, un primer paso en esa dirección. En el ínterin entre esa norma y la que dio causa a la regulación española actual, la DIR 2014/42, se hizo hincapié en la necesidad de reforzar el régimen de decomiso de terceros. Y así se hizo, a través de un novedoso (en el ordenamiento comunitario) decomiso de bienes en manos de terceros, de aplicación obligatoria para los Estados Miembros. Pero este vino acompañado, por un lado, del reconocimiento de un posible perjuicio a los derechos de terceros y, por otro, de la construcción de un sistema de derechos para las “personas afectadas” por el decomiso, que incluía derechos de marcado

carácter procesal, como el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juicio justo, e incluso algunos de marcado carácter procesal penal, como el derecho a acceder a un abogado durante todo el procedimiento. No obstante, desde el punto de vista de los terceros, aún quedaban dudas por resolver, ya que no existía claridad acerca de si este régimen de derechos les era aplicable a ellos en su condición de perjudicados por el decomiso.

A través de los últimos cambios, esa dinámica se ha visto acentuada. Por un lado, las instituciones comunitarias abogan por acercar determinadas modalidades de decomiso a una *actio in rem*, especialmente en el caso del decomiso sin condena, y en la reciente DIR 2024/1260 obliga a los Estados Miembros a habilitar la posibilidad de aplicar del decomiso de terceros a través del decomiso sin condena. Una cadena de modalidades de decomiso ya de por sí perturbadora para los derechos y garantías, cuyo potencial peligro para estos puede multiplicarse si el legislador comunitario lleva a la práctica sus intenciones de configurar el decomiso sin condena como una *actio in rem*. Por tanto, el progresivo proceso de desnaturalización del decomiso o, al menos, de algunas de sus modalidades, sigue su camino, y deberemos esperar a ver como se traduce cuando se produzca su efectiva trasposición por los Estados Miembros. Hasta el momento, las dudas parecen imponerse, y es necesario afirmar la naturaleza penal del decomiso en aras, sobre todo, de una mejor salvaguarda del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, de forma paralela a esa desnaturalización, la norma comunitaria más reciente refuerza sobremanera el conjunto de derechos reconocidos, con anclas de peso como la CDFUE y el CEDH, e incluyendo mención directa la presunción de inocencia, lo que da fe de que el procedimiento a través del cual se aplique el decomiso sigue íntimamente unido al proceso penal. Además, se elimina cualquier tipo de duda interpretativa acerca de su aplicación a los terceros, ya que, después del inequívoco impulso jurisprudencial del TJUE, han sido incluidos específicamente dentro de las “personas afectadas” por el decomiso.

En definitiva, dos tendencias que podemos considerar contradictorias en el ámbito comunitario respecto al decomiso en general, y respecto a la afectación de los terceros en particular: por un lado, se acercan, paso a paso, a una naturaleza civil algunas modalidades de decomiso con potencial para perjudicar a los terceros, lo que, de facto, relajaría el estándar de garantías aplicable a los sujetos afectados y, de otro, se sigue construyendo un sistema de derechos y garantías completo, que les incluye, y con puntos de referencia claros e inequívocos.

La recepción de esta corriente en el ordenamiento español, hasta el momento, no aporta mucha claridad, y genera dudas respecto al cumplimiento tanto de ese estándar de garantías construido desde la UE, como en relación con su configuración en el ordenamiento nacional.

El legislador español es más decidido que el comunitario a la hora de tratar de acercar determinadas modalidades de decomiso a una naturaleza civil, como ha hecho de forma explícita respecto, por ejemplo, al decomiso ampliado o sin condena, a pesar de la oposición frontal de la doctrina y gran parte de la jurisprudencia.

Lo mismo puede predicarse respecto al procedimiento en el cual se aplican algunas de ellas, como el caso del procedimiento de decomiso de autónomo y, sin duda, es también el caso de la intervención de terceros afectados por el decomiso en el proceso penal. Se trata de un proceso lleno de dudas, con una regulación a caballo entre las reglas procesales civiles y las procesales penales.

En primer lugar, una lectura integradora nos arroja unos contornos imprecisos del concepto de tercero, de cara a determinar su intervención. Del análisis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal extraemos un concepto de tercero vago e impreciso, que no tiene en cuenta un elemento esencial respecto al tercero, como es su buena o mala fe. Es más, en el supuesto en que nos ofrece una definición que parece ir en línea con el concepto de tercero que maneja el CP, es para excluirlo de intervenir en el proceso penal, cuando debiera ser precisamente aquel respecto al cual se regulase su presencia, intervención y estatuto jurídico. Incluso, acudiendo a ese tercero de mala fe del art. 127 quater del CP, no solo debiera intervenir en el proceso como tercero, al ser el que más posibilidades tiene de ser afectado por el decomiso, sino que, en muchas ocasiones, debería ser sujeto de un proceso penal separado por delito. Por tanto, esa lectura integradora de ambos textos, de entrada, parece excluir al verdadero tercero de mala fe de la intervención en el proceso.

Requiere, además, de esfuerzo interpretativo para considerar que este puede instar su propia llamada al proceso, y evitar un peligro a los principios de audiencia y contradicción como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva tal y como se configura en el ordenamiento español, que es, a su vez, una de las anclas en materia de garantías de la legislación comunitaria, como hemos expuesto.

Pero no es el único posible problema lo que refiere a la llamada al proceso del tercero interviniente en el decomiso, que requiere la máxima pre-

caución del juzgador de cara la salvaguarda de los citados derechos. El juez debe, en primer lugar, ser muy cuidadoso al determinar el momento del proceso a partir del cual puede existir una afectación de los derechos del tercero para proceder a su llamada, de cara a salvaguardar los derechos del tercero adecuadamente.

La adecuada protección de los derechos y garantías no es el único problema que genera problemas en la regulación, y que requiere de un trabajo minucioso de los aplicadores del derecho, si no que esta regulación puede jugar en contra precisamente, del objetivo fundamental del legislador: la agilización y la eficiencia procesal de cara a una aplicación más eficaz del régimen de decomiso de bienes en manos de terceros.

Especialmente, a raíz de no diferenciar entre la voluntariedad o involuntariedad de la incomparecencia del tercero, y de reconocer a los que desconocen la existencia del proceso, sin discriminar causas, los mismos derechos a esos terceros que no comparecen. Encontramos varias muestras, pero nos centraremos en dos de ellas como las más relevantes.

En primer lugar, el supuesto que permite al legislador prescindir de la llamada si sospecha que el tercero es una persona interpuesta o en connivencia con el encausado. Ya hemos analizado como esta situación es, precisamente, la que debería habilitar su intervención, ya que necesitará alegar y probar respecto a los extremos expuestos. Pero, al no diferenciar entre la voluntariedad o involuntariedad de la incomparecencia o desconocimiento del proceso, atendiendo a la ley, este tercero de presunta mala fe al que se quiere evitar del proceso por su previsible (para el legislador) intención de distorsionar o dilatar el proceso, le atribuye la posibilidad de rescindir la sentencia de igual forma que a quien no comparece o desconoce la existencia del proceso por supuestos involuntarios.

En segundo lugar, la limitación de actuación del tercero, ceñida a los elementos de hecho que le afecten, y con exclusión expresa de alegar y probar respecto a la responsabilidad penal del tercero. El tercero, de cara a evitar una posible afectación de los bienes que le pertenecen o sobre los que tiene derechos, debe alegar y probar sobre numerosos extremos que se entremezclan, sin ninguna duda, con aquellos que tienen que ver con la responsabilidad penal del encausado. Negarle esta posibilidad sin lugar a duda puede afectar a su derecho a ser oído y alegar sobre las cuestiones de hecho que sean pertinentes, como reconocen tanto la regulación comunitaria como la nacional en el marco de la tutela judicial efectiva. Pero, no solo eso, sino que, incluso desde la reconocida lógica de búsqueda de eficacia

del legislador, no parece tener mucho sentido, por el mismo motivo que el caso en que se prescinde de la llamada.

En materia de recursos, no solo mezcla dos regímenes normativos distintos, creando una situación que puede poner en duda la seguridad jurídica y, por tanto, el principio de legalidad, sino que otorga a los terceros oportunidades procesales que pueden jugar en contra de la eficiencia del proceso. Esos problemas se evitarían con la coordinación entre los distintos cuerpos legales, un estatuto procesal claro y un sistema de derechos específico para el tercero afectado por el decomiso.

En definitiva, desde la óptica de la UE se señala un objetivo, la eficacia en la recuperación de activos a través del decomiso, donde el decomiso de bienes en manos de tercero juega un papel fundamental. En ese proceso, si bien se buscan los límites de su naturaleza y de su aplicación, se ha construido paulatinamente, y no sin trabas, un régimen derechos comprensivo y genérico. No obstante, requiere de su adecuado desarrollo en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

Y en ese proceso, el legislador español ha optado por exacerbar los fines de eficacia a través de la desnaturalización del decomiso de los bienes en manos de los terceros, y de su intervención, a través de un procedimiento compuesto de trozos, mezclando el ámbito civil y el penal y sin reconocer un verdadero estatuto procesal al tercero, con numerosos eventuales peligros para su derecho a la tutela judicial efectiva, y llevando al límite al principio de legalidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, T. (2014): “Comiso: crónica de una reforma anunciada”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2014. (1-57).
- AGUADO CORREA, T. (2015): “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino.” *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35 (1-34).
- AGUADO CORREA, T. (2023): “Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 25-34 (1-49).
- BUJOSA VADELL, L.M. (2019). “La perspectiva procesal del decomiso”. En: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) & ALONSO SALGADO, C (coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Barcelona: Atelier (719-738).

- CALAZA LÓPEZ, S. (2019). “Los recursos en el proceso penal”. En: ASECIO MELLADO, J.M. (dir.) & FUENTES SORIANO, O (coord.). Derecho Procesal Penal, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2021): “Los recursos (II). Los recursos extraordinarios: infracción procesal casación, interés de ley y queja”. En: En: GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M. & CALAZA LÓPEZ, S. *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANCIO MELIÁ, M. (2023): “Del encubrimiento”. En: CUERDA ARNAU, M. “Comentarios al Código Penal. Tomo 2. Valencia: Tirant lo Blanch. (2793-2801)
- CARBALLO CUERVO, M.A. (2019): *Delitos contra la Administración de justicia*. En. CAMACHO VIZCAÍNO, A. Tratado de derecho penal económico. Valencia: Tirant lo Blanch. (2163-2254)
- CARRILLO DEL TESO, A.E. (2018): *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CONDE FUENTES, J. (2019): “La intervención de terceros afectados por el decomiso”. En: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) & ALONSO SALGADO, C (coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Barcelona: Atelier. (719-738)
- CUADRADO SALINAS, C. (2019): “El recurso de apelación”. En: ASECIO MELLADO, J.M. (dir.) & FUENTES SORIANO, O (coord.). Derecho Procesal Penal, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2017): “Las distintas modalidades de decomiso después de la LO 1/2015”. *La Ley Penal*, núm. 124 (1-11).
- DEL CARPIO DELGADO, J. (2017): “Decomiso de bienes transferidos a terceros tras la reforma de 2015 del Código Penal”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 122 (89-132)
- DÍAZ CABIALE, J.A. (2016): “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-10 (1-70).
- DIAZ MARTÍNEZ, M. (2021a): “El recurso de apelación”. En: GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M. & CALAZA LÓPEZ, S. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DIAZ MARTÍNEZ, M. (2021b): “El recurso de casación”. En: GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M. & CALAZA LÓPEZ, S. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOLZ LAGO, M.J. (2017): “Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas de 2015”. *La Ley Penal*, núm. 124 (1-28)
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2017): “La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”. En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. & RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia: Tirant lo Blanch (429-448).
- FARTO PIAY, T (2023): “El decomiso autónomo en el proyecto de Directiva de 2022 sobre recuperación y decomiso de activos: los nuevos supuestos y su incidencia en

- nuestro ordenamiento jurídico comunitario”. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60 (1-42).
- FARTO PIAY, T. (2020): “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”. En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. & RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch (163-189).
- FARTO PIAY, T. (2021): *El proceso de decomiso autónomo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FRANCO ARIAS, J. (2016): “Una pincelada sobre el procedimiento de decomiso autónomo”. En: ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J., *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Barcelona: Atelier (365-375).
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2019): *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*. Madrid: Dykinson.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2023): “Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos”. *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1 (311-348).
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016): “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38 (1-71).
- GONZÁLEZ CANO (2016): *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso español*. Valencia: Tirant lo Blanch
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2023): “Artículo 298”. CUERDA ARNAU, M. Comentarios al Código Penal. Tomo 2. Valencia: Tirant lo Blanch. (1938-1943)
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (2015): “Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y gestión de activos”. En: MARCHENA-GÓMEZ, M. & GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N, *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en 2015*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna
- MARTÍN GONZÁLEZ, M. (2023). “Título V: de la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde”. En: DÍAZ MARTÍNEZ, M. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch (2397-2427).
- MORENO SANTAMARÍA, A. (2023). “Artículo 803 ter a. Resolución judicial de llamada al proceso-art. 803 ter. d Incomparecencia del tercero afectado por el decomiso”. En: BARJA DE QUIROGA, J., “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Valencia: Tirant lo Blanch (3173-3183).
- NIEVA FENOLL, J. (2015): “El procedimiento de decomiso autónomo: en especial, sus problemas probatorios”. *Diario La Ley*, 8601 (1-13).
- PILLADO GONZÁLEZ, E. & FARTO PIAY, T. (2023). *El tercero afectado por el decomiso y su intervención en el proceso*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PLANCHADELL GARGALLO, A & VIDALES RODRÍGUEZ, C. (2018): “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (37-92)

- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2017): “La regulación del decomiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: ¿complemento necesario al Código Penal?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46 (1-39)
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2022): “El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quarter CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24 (1-39)
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2017): *El decomiso de activos ilícitos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & ORSI, O. G. (2020): “La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, núm. 2 (539-576)
- ROIG TORRES, M. (2016): “La regulación del comiso: el modelo alemán y la reciente reforma española”. *Estudios penales y criminológicos*, núm. 36. (199-279)
- RUIZ DE LA CUESTA, S. (2019) “El recurso extraordinario por infracción procesal”. En: ASENSIO MELLADO, J.M. (dir.) & FUENTES SORIANO, O (coord.): *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAKELLARAKI, A. (2022): “EU asset recovery confiscation regime. Quo vadis? A first assessment of the Commission’s proposal to further harmonise the EU asset recovery and confiscation laws. A step in the right direction?”. *New Journal of European Criminal Law*, vol. 13(4) (478-501).
- URIARTE VALIENTE, L.M. (2022a): *La lucha del Estado en la recuperación de activos a través del decomiso. Especial referencia a la actuación del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- URIARTE VALIENTE, L.M. (2022b): “La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, a propósito de la STJUE de 21 de octubre de 2021”. *Diario La Ley*, núm. 10004, Sección Doctrina. (1-6).
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2023): “La regulación española de los decomisos ampliado, desvinculado de la imposición de una pena y de bienes de terceros, tras la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea”. *Diario La Ley*, núm. 10216 (1-25).



Inteligencia jurídica
en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

Las medidas para la protección de los secretos empresariales en el proceso civil: el problema de su efectividad

Fernando Gascón Inchausti

Naturaleza civil del proceso de impugnación de resoluciones de la oficina española de patentes y marcas. Consecuencias

Gemma García-Rostán Calvín

El proceso civil ante la tutela del derecho a un medioambiente adecuado. Análisis y perspectivas del ejercicio de acciones colectivas

Ana María Vicario Pérez

Los *Whistleblowers* y su protección legal en Portugal: del *Law in books* al *Law in action* a partir de la Ley 93/2021

Nicolás Rodríguez-García

La intervención de terceros afectados por el decomiso en el proceso penal español dentro del contexto de la política criminal de la Unión Europea en materia de decomiso

Miguel Álvarez Hernández
