

DECÁLOGO DE LAS DOCTRINAS, REGLAS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS AMERICANAS QUE TAMBIÉN SE APLICAN EN EUROPA Y VICEVERSA

Carlos Pérez Vaquero¹

Fecha de publicación: 02/01/2017

Sumario: Breve introducción. **1.-** La doctrina de los insumos esenciales. **2.-** La regla del monotema legal: de la *lex caecelia didia* a la *single-subject rule*. **3.-** Las competiciones *moot court*. **4.-** La doctrina de la *business judgment rule*. **5.-** El levantamiento del velo. **6.-** La doctrina del efecto desaliento. **7.-** La doctrina de los frutos del árbol envenenado y la doctrina del descubrimiento inevitable. **8.-** La doctrina Quinteros. **9.-** La doctrina del *felony murder* y la doctrina del *joint criminal enterprise* [JCE]. **10.-** El margen de apreciación. Nota bene. Bibliografía. Webgrafía.

Resumen: Este artículo analiza diez conocidas doctrinas, reglas y prácticas, jurisprudenciales o doctrinales, tanto americanas como europeas, que han cruzado el Océano Atlántico, en ambos sentidos, para demostrar que la globalización también ha llegado al mundo del Derecho.

¹ Doctor y Profesor asociado de Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea | Universidad de Valladolid (Castilla y León, España).
cpvaquero@der.uva.es

BREVE INTRODUCCIÓN

Dicen los expertos que *la época en la que vivimos está caracterizada por una poderosa e irresistible tendencia a la unificación del mundo; y esto ocurre estemos donde estemos, dado que los rincones más aislados están unidos a lo global*². Es evidente que el ámbito jurídico no iba a permanecer ajeno al fenómeno de la globalización y, en ese contexto, este artículo se plantea dar a conocer diez doctrinas, reglas y prácticas, jurisprudenciales o doctrinales, tanto americanas como europeas, que han cruzado el Océano Atlántico, en ambos sentidos, como demostración de que el concepto de “aldea global” también ha llegado al mundo del Derecho.

1. LA DOCTRINA DE LOS INSUMOS³ ESENCIALES

Este anglicismo nos sitúa en el ámbito más genérico del Derecho de la Competencia; por ejemplo, (...) *a los efectos del mercado televisivo, sea la televisión de pago o no de pago, los productos que suministran las entidades de gestión son insumos esenciales (essential facilities), y [debe recordarse] que, en relación con este tipo de productos existe una obligación de suministro y donde hay una obligación de suministro existe el deber de no discriminar a los adquirentes o compradores si compiten unos con otros. Como estableció el TJUE [Tribunal de Justicia de la Unión Europea] en la sentencia Commercial Solvents el principio es que las compañías en posición de dominio deben poner al alcance de los clientes los productos que son esenciales para permitir la competencia entre ellos, si bien la exigencia se refuerza cuando el competidor afectado es un nuevo actor en el mercado relevante*⁴.

En otro asunto más reciente, el mismo Tribunal de Luxemburgo ha recordado que *a las empresas con peso significativo en el mercado se les*

² LIPOVETSKY, G. y JUVIN, H. *El Occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama, 2011, pp. 17 a 19.

³ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, un “insumo” es un conjunto de elementos que toman parte en la producción de otros bienes

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 4886/2013, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4886). Sobre qué es el ECLI véase la nota bene explicativa al final de este artículo.

pueden imponer, conforme a la Directiva acceso, obligaciones especiales para que otras empresas también puedan tener acceso a los mercados de que se trata. Estas disposiciones se orientan por la llamada doctrina de las «essential facilities», que se discute en relación con la prohibición de abuso de posición dominante prevista en el Art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵.

En el marco del suministro de energía eléctrica, la Audiencia Provincial de Madrid ha sido el órgano judicial español que ha dictado una de las sentencias más clarificadoras al respecto de esta doctrina sobre el uso compartido de recursos indispensables, al señalar que: *estamos ante las denominadas «essential facilities», esto es, los «recursos esenciales» que de algún modo se encontrarían en el origen del derecho de acceso de terceros.*

La doctrina de las «Essential Facilities» deriva del derecho anglosajón y particularmente del derecho «antitrust» norteamericano como acontece con gran parte de los conceptos utilizados en torno al derecho de la competencia. Uno de los primeros pronunciamientos judiciales que podemos hallar es la sentencia «Hecht v. Pro Football Inc.», donde se señala que una "esencial facility" «(...) es algo a lo que un competidor actual o potencial necesita acceder para poder competir en el mercado de referencia; si se le denegase el acceso, el competidor sufriría un severo handicap». Por otra parte, ese algo «ha de ser prácticamente imposible de reproducir, es decir que la creación por parte de los competidores de una instalación equivalente para su propio uso no es una alternativa económicamente viable».

La expresión «recursos esenciales» parece preferible a la alternativa «instalaciones esenciales», contaminación proveniente de otras lenguas romances («installations essentielles» en francés), que solo parece locución apropiada cuando el recurso sea una infraestructura física. En cuanto al adjetivo, la acrítica e indolente traducción del inglés «essential» como «esencial» parece haberse impuesto irremediablemente. Quizás cabría hablar con mayor propiedad de recursos o activos «indispensables o necesarios para competir».

Por la doctrina de la «Essential Facility» un propietario tiene la potestad funcional –derecho cruzado con la idea de deber– de permitir el

⁵ Conclusiones de la abogada general Sra. Juliana Kokott, presentadas el 30 de enero de 2014 en el asunto C- 475/12 UPC DTH Sàrl contra Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese, § 25 (ECLI:EU:C:2014:44).

acceso a alguna instalación o a algunos de sus recursos o activos, con el fin de hacer posible la competencia; es decir, que en el caso de un monopolista que controle un recurso esencial, así concebido por otro competidor, debe permitir que éste acceda razonablemente a ella, siempre y cuando esto sea factible. La jurisprudencia estadounidense ha establecido que para configurarse una «essential facility» deben concurrir los siguientes elementos:

- a) El control de un recurso esencial por parte de un monopolista;*
- b) Que sea imposible para otro competidor reproducir razonablemente el recurso;*
- c) Que el propietario del recurso niegue el acceso de este a su competidor; y,*
- d) Finalmente, que sea viable o posible otorgar el acceso al recurso o, dicho de otra forma, la ausencia de motivos comerciales legítimos para denegarlo.*

Por su parte en Europa, desde la Comisión Europea [el órgano ejecutivo de la Unión Europea], se ha definido a las «essential facilities» como aquellas estructuras sin las cuales los competidores no podrían ofrecer servicios a sus clientes. Si la empresa -o grupo de empresas que controlan la estructura indispensable niegan el acceso de sus competidores o lo permiten sólo con criterios discriminatorios a determinados competidores, dicha negación será considerada, de acuerdo con la legislación comunitaria europea, un abuso de posición de dominio.

Se ha establecido que deben concurrir los siguientes elementos:

- a) La «facilidad» entendida como una infraestructura por sí misma o combinada con servicios, deberá ser complementaria de una actividad económica relacionada pero correspondiente a un mercado distinto;*
- b) Las empresas en competencia deben carecer de la aptitud necesaria para duplicar la estructura en cuestión; y,*
- c) El acceso a la estructura ha de ser necesaria para poder competir en el mercado correspondiente⁶.*

La propia jurisprudencia de los Estados Unidos considera que la essential facilities doctrine o teoría del cuello de botella ["bottleneck"]

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 6058/2008, de 22 de abril (ECLI:ES:APM:2008:6058).

theory] que ahora se ha comenzado a aplicar en Europa tuvo su origen en una decisión del Tribunal Supremo en el caso *United States v. Terminal Railroad*, 224 U.S. 383, 32 S. Ct. 507, 56 L. Ed. 810 (1912), donde la Corte federal determinó que era esencial que el consorcio que explotaba la estación de trenes de San Luis permitieran el acceso a las empresas competidoras para que éstas también pudieran ofrecer su servicio⁷; desde su origen en 1912, la actual doctrina se formuló en el caso MCI, 708 F.2d at 1132-33 –que enfrentó a las corporaciones MCI y AT&T, en 1983– con los cuatro elementos que señaló anteriormente la sentencia madrileña: (1) *control of the essential facility by a monopolist*; (2) *a competitor's inability, practically or reasonably, to duplicate the essential facility*; (3) *the denial of the use of the facility to a competitor*; and (4) *the feasibility of providing the facility*.

2. LA REGLA DEL MONOTEMA LEGAL: DE LA *LEX CAECILIA DIDIA* A LA *SINGLE-SUBJECT RULE*

Quinto Cecilio Metelo Nepote *el Mayor* [de la *gens* (familia) Cecilia] y Tito Didio [de los Didia] fueron elegidos cónsules de la República Romana en el año 98 a.C. (fecha del calendario juliano que se corresponde con el año 656 del calendario romano; de ahí que, según la fuente que se consulte, las fechas resulten tan dispares). Durante su primer año de gobierno, los dos políticos aprobaron la denominada *Lex Caecilia Didia de modo legum promulgaudarum* [Ley Cecilia Didia –en honor de sus familias– sobre la forma de promulgar las leyes] de la que han llegado hasta nosotros dos de sus preceptos: por un lado, esta norma disponía que desde la propuesta de un proyecto de ley hasta que su votación debían transcurrir tres días de mercado consecutivos [veintisiete días de reflexión (3 por 9) porque, en aquel tiempo, Roma aún no había establecido las semanas de siete días sino las *nundinae* de nueve jornadas con un día libre cada ocho laborales –se habilitaba el noveno para acudir al mercado, cuando cerraban los tribunales– de modo que *el intervalo de tres nundinae era el plazo legal de publicidad para convocar asambleas o proyectos de ley*]⁸; y, por otro lado, aquella misma *Lex* también reguló que todos los textos legales solo podían tratar un único asunto, prohibiéndose que el contenido de las leyes abordara cuestiones de temática heterogénea (*leges saturae*).

⁷ Florida Fuels, Inc. v. Belcher Oil Co., 717 F. Supp. 1528 (S.D. Fla. 1989), de 29 de junio de 1989

⁸ HERRERO LLORENTE, v. J. *Diccionario de expresiones y frases latinas*. Madrid: Gredos, 3ª ed., 1992, p. 574.

Aquella política legislativa –que los cónsules romanos ratificaron tres décadas más tarde con la *Lex Junia Licinia*, del 62 a. C.; por iniciativa de Décimo Junio Silano y Lucio Licinio Murena– no volvió a retomarse hasta pasados dieciocho siglos en las colonias británicas de la Costa Este norteamericana, donde se denominó *single-subject rule* o *one-subject rule*.

Al analizar esta regla del monotema o del tema único, el profesor Gilbert⁹ cita dos antecedentes: en 1695, el comité del *Privy Council* de Massachusetts se quejó de que la práctica de reunir diversos proyectos bajo una misma ley impedía rechazar los más impopulares sin que se invalidaran al mismo tiempo los que se consideraban adecuados; y, con el cambio de siglo, en 1702, la reina Ana de Gran Bretaña instruyó a Lord Cornbury de Nueva Jersey para que evitara mezclar en la misma ley asuntos que no tenían una relación apropiada entre sí.

Con esos precedentes, cuando aquellos territorios accedieron a su independencia, incorporaron esa regla a sus leyes fundamentales. Desde la pionera Constitución de Illinois de 1818 a las de Nueva Jersey (1844), Luisiana y Texas (1845) o Nueva York y Iowa (1846). Su redacción solía ser muy similar en todos los estados; por ejemplo, la sección 29 del Art. III de la vigente Constitución de Maryland, de 1867, dispone que: (...) *every Law enacted by the General Assembly shall embrace but one subject, and that shall be described in its title*. Y lo mismo ocurre en las leyes fundamentales de Georgia [en su Art. III (parágrafo III de la sección V) se establece: *One subject matter expressed. No bill shall pass which refers to more than one subject matter or contains matter different from what is expressed in the title thereof*] o de Minesota [Sección 17 de su Art. IV: *Laws to embrace only one subject. No law shall embrace more than one subject, which shall be expressed in its title*]; sin embargo, el prototipo de esta regla suele ser la redacción del Art. III (§ 14) de la Constitución de Nebraska: *No bill shall contain more than one subject, and the subject shall be clearly expressed in the title*. Según los datos del profesor Gilbert, 43 de los 50 estados de los Estados Unidos contemplan expresamente una cláusula similar.

¿Qué ocurre en España?

Desde la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, hasta la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, proliferaron las denominadas "leyes de acompañamiento" que incluían medidas fiscales, administrativas y del orden social, anexas a

⁹ GILBERT, M. D. "Single Subject Rules and the Legislative Process". En: *University of Pittsburgh Law Review*, 2006, vol. 67, pp. 811 y 812.

los Presupuestos Generales del Estado; estas normas se caracterizaban -a juicio de los diputados que acabaron recurriéndolas ante el Tribunal Constitucional¹⁰- por *una concepción omnicomprendiva de su contenido y funciones, llevándose a cabo modificaciones estructurales y permanentes de cualesquiera ámbitos normativos* y porque eran *la expresión patológica de un fenómeno patológico del ordenamiento jurídico constituido por la legislación de coyuntura*.

Sin embargo, el fallo del órgano de garantías lo desestimó indicando que: *Ciertamente, el recurso al uso de disposiciones legislativas como la que nos ocupa, dotadas de una gran heterogeneidad, tramitadas además por el procedimiento de urgencia, puede afectar en cierta manera al ejercicio efectivo del derecho a la participación política de los poderes estatuidos. Ahora bien, la eventual existencia de esa afectación, derivada de la forma en la que las Cortes Generales optan por desarrollar su competencia legislativa, en el caso objeto de debate no se ha demostrado sea sustancial. Por ello no puede imputarse a tal plasmación de la competencia legislativa de falta de legitimación democrática ni en su ejercicio ni en su resultado, razón por la cual, aunque la opción elegida pueda ser eventualmente criticable desde el punto de vista de la técnica jurídica, en modo alguno lo es desde la perspectiva constitucional*.

En esta resolución, son muy interesantes los votos particulares que llegan a descalificar esta *repudiable práctica legislativa*.

Hoy en día, en principio, la Resolución de 28 de julio de 2005 que dio publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprobaron las Directrices de técnica normativa, dispuso lo siguiente: *Único objeto. En la medida de lo posible, en una misma disposición deberá regularse un único objeto, todo el contenido del objeto y, si procede, los aspectos que guarden directa relación con él*.

3. LAS COMPETICIONES MOOT COURT

El juez Philip Caryl Jessup nació en Nueva York (EE.UU.) el 5 de enero de 1897; se graduó en Derecho en la *Yale Law School*, en 1924, y ese mismo año se doctoró por la *Columbia University* donde impartió clases de Derecho Internacional y Diplomacia entre 1925 y 1961; un extenso periodo en el que formó a los estudiantes que llegaron a ser –como reconoció el presidente Kennedy– los líderes de este ámbito jurídico.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2011, de 13 de septiembre.

En todo ese tiempo, compaginó su labor docente con grandes responsabilidades diplomáticas, como por ejemplo, en 1943 ayudó al secretario general de la ONU a crear la Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación [UNRRA, por sus siglas en inglés, que durante la postguerra ayudó a repatriar a los millones de desplazados por la II Guerra Mundial]; al año siguiente formó parte de la delegación de su país que acudió a la conferencia de Bretton Woods donde se establecieron el Fondo Monetario Internacional y el grupo del Banco Mundial; y en 1945 brindó asistencia técnica a la representación estadounidense que participó en la redacción de la Carta de las Naciones Unidas en San Francisco (EE.UU.).

En 1961 fue nombrado juez de la Corte Internacional de Justicia en La Haya (Países Bajos); cargo que desempeñó hasta 1970. Durante su magistratura destacó por su defensa de la dignidad del ser humano y su férrea oposición al uso unilateral de la fuerza por parte de los Estados para resolver sus controversias, abogando por la creación de una “gobernanza mundial”. De regreso a su país, continuó dedicándose al mundo académico hasta que falleció el 31 de enero de 1986 en Newtown (Pensilvania, EE.UU.).

Un año antes de que se trasladara a Europa, en 1960, el juez Jessup puso en marcha una actividad extracurricular en la capital estadounidense que consistía en simular un proceso judicial entre Estados para que los estudiantes de Derecho pudieran llevar a la práctica sus conocimientos teóricos al mismo tiempo que intercambiaban experiencias y aprendían a fundamentar sus argumentaciones, mejorando su capacidad de documentación y de trabajo en equipo. Gracias a la experiencia que adquirió en la década que trabajó al servicio del órgano judicial de la ONU y a su labor como diplomático, a partir de 1968, aquella competición de Washington se abrió a participantes de cualquier rincón del mundo, dando lugar a la *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*. La más antigua en su género y una de las más prestigiosas que se celebran cada año.

Literalmente, la expresión anglosajona *Moot Court* significa *tribunal simulado* en castellano y hace referencia a una competición judicial en la que *los participantes se ven obligados a enfrentarse a un caso hipotético, cuyos hechos presentan un problema jurídico específico, el cual debe ser resuelto a través de un memorial escrito, que posteriormente deberá ser argumentado oralmente en una simulación de juicio, ante una corte conformada por abogados expertos en esa área (...) o profesionales que*

por su labor se encuentran vinculados de forma directa con el tema discutido. En estos simulacros de litigios, los participantes se enfrentan a su contraparte, exponiendo argumentos que busquen persuadir a los miembros de la corte de la validez de la posición que están sosteniendo, para lo cual los estudiantes expositores deben contar con herramientas de oratoria suficientes, no sólo para presentar su memorial, previamente allegado a los jurados del concurso para su valoración, sino también para anticiparse o improvisar los alegatos de respuesta a su contraparte y resolver las inquietudes que puedan ser suscitadas en el seno del tribunal¹¹.

4. LA DOCTRINA DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

Este criterio jurisprudencial estadounidense –que podría traducirse como *regla para juzgar negocios* o *norma del juicio empresarial*– se ha incorporado recientemente al Derecho español con la nueva redacción que se dio al Art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital [Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio], modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre: *Protección de la discrecionalidad empresarial: 1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. 2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.*

Por el momento, en la jurisprudencia española, la resolución que se ha planteado esta cuestión, de forma más directa, es la sentencia 50/2008, de 24 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra [SAP PO 173/2008, ECLI:ES:APPO:2008:173] en la que se describe como *una doctrina propia del common law desarrollada por los tribunales de los Estados Unidos, que cumple como función evitar que las decisiones empresariales tomadas por los administradores sean materialmente sustituidas en el procedimiento de determinación de la infracción del deber de diligencia. Debe comprenderse que la actividad de administración de la empresa social está sometida al denominado riesgo empresarial, esto es, la*

¹¹ ARÉVALO NARVÁEZ, C. “Moot court: más que concursos, experiencias. Tribunal simulado”. En: *Dikaion*, 2006, vol. 20, núm. 15, p. 508

posibilidad de que el desarrollo de aquella actividad menoscabe el patrimonio social. Y la satisfacción del deber de diligencia no asegura por sí sólo el éxito económico de la administración, cabe por tanto que en una administración diligente resulten daños al patrimonio social. La obligación de los administradores no es asegurar el éxito económico de la empresa social, sino desempeñar el cargo persiguiendo los intereses de la sociedad. Pero cuando a pesar de la actuación adecuada, o al menos no cuestionada ahora, se produce una situación de crisis empresarial, la actuación diligencia estriba en adoptar la decisión empresarial que aparezca como óptima, aunque existan otras, y que puede ser, como ocurre en el presente caso, la venta de la empresa en funcionamiento. Debe mantenerse un espacio de discrecionalidad en las decisiones empresariales que impide su estricto enjuiciamiento con una examen ex post por parte de los Tribunales, siempre y cuando estemos ante una actuación de los administradores (no omisión), y que esta vele por el interés social, de forma que, cumplidos estos requisitos la infracción del deber de diligencia solo se produce se el acto o decisión resulta irracional, percibiéndose una deficiencia de juicio, caracterizado por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas. Otros límites a la aludida doctrina que señala la doctrina aluden a casos de deficiencia informativa, de deficiencia de implicación o casos de deficiencia de imparcialidad.

El origen de este criterio jurisprudencial se encuentra en el caso *Otis & Co. contra Pensilvania*, de 20 de julio de 1945 [*Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945)], aunque la doctrina científica ya lo venía estudiando desde comienzos de esa década.

5. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Todo un clásico. Como el ordenamiento jurídico español reconoce personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, en el ámbito del Derecho Societario hay ocasiones en que se produce un conflicto entre dos valores –la seguridad jurídica y la justicia– si se crea un entramado de empresas con el fin de dificultar a los acreedores la reclamación de un crédito, induciéndoles a confundir la identidad de unas y otras, o, sencillamente, con un ánimo fraudulento [los supuestos más clásicos, según la sentencia 433/2013, de 3 de enero, del Tribunal Supremo son: la infracapitalización, la confusión de personalidades, la dirección externa y el fraude o abuso]. Cuando concurren estas circunstancias, los tribunales pueden recurrir a la construcción jurisprudencial del levantamiento del velo –como se denominó en la Ley 6/2006, de 29 de noviembre, de medidas

para la prevención del fraude fiscal– si aprecian que existen esas conductas en la actuación de la sociedad mercantil.

En España, esta doctrina se aplicó por primera vez en la sentencia 1196/1984, de 28 de mayo, del Tribunal Supremo, cuando *se decidió prudencialmente, y según casos y circunstancias (...) la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de "los derechos de los demás" o contra el interés de los socios.*

Desde entonces, la práctica judicial española ha consagrado este procedimiento *para descubrir, y reprimir, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso* [STS 400/2005, de 28 de enero]; es decir, que un socio se escude en la personalidad jurídica de una sociedad para llevar a cabo conductas fraudulentas.

Como ha reiterado la jurisprudencia, con esta doctrina se pretende que la forma de la sociedad anónima [aunque también es aplicable a las de responsabilidad limitada] *no siga siendo un asilo intangible ante el que haya de detenerse la eficacia de los principios fundamentales del Derecho, de los de la buena fe, simulación, abuso del derecho y fraude, pues la persona jurídica no está para chocar con los fundamentos del respectivo ordenamiento social y económico. (...) el hermetismo de la persona jurídica no tiene carácter absoluto, pero la seguridad jurídica y la pluralidad de intereses que están en juego exigen, que, ante una cuestión tan delicada, se proceda con cautela y caso por caso, requiriéndose probar el ánimo y actuar defraudatorio.*

El origen etimológico de la poética expresión “levantar el velo” es una apropiación directa del inglés *to lift the veil*, utilizada habitualmente por la jurisprudencia de EE.UU.

Según el magistrado Seoane Spiegelberg¹², la primera resolución que aplicó esta doctrina fue el caso *Bank of the United States v. Deveaux*, de 1809, dictada por el juez Marshall. En el portal JUSTIA (véase la webgrafía al finalizar este artículo) es posible consultar el texto de esta pionera resolución donde aquel magistrado norteamericano afirmó a comienzos del siglo XIX que: *The Court feels itself authorized (...) to look to the character of the individuals who compose the corporation* (que se podría traducir así: el Tribunal se considera autorizado para inspeccionar la naturaleza de los sujetos que componen la sociedad mercantil).

Como se trata de una técnica creada por los órganos judiciales –sin que exista en España ninguna norma específica que la regule expresamente (un caso de vacío legal)– la mayoría de la doctrina considera que debe aplicarse de forma restrictiva y proporcionalmente, hasta que se consagre en el Derecho positivo.

En otros países, en cambio, sí que se regula este procedimiento; por ejemplo, el Art. 189 de la Ley 16.060 de Sociedades Comerciales de Uruguay establece que: *Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados. Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario.*

6. LA DOCTRINA DEL EFECTO DESALIENTO

La sentencia 812/2015, de 17 de marzo, del Tribunal Supremo¹³ resolvió los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y las representaciones procesales de la *Generalitat* y el *Parlament* de Cataluña [poderes ejecutivo y legislativo, respectivamente, de esta comunidad autónoma española] casando y anulando la resolución de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional, de 7 de julio de 2014 (SAN 2863/2014)¹⁴, que había absuelto a los acusados de cometer un delito contra las Instituciones del Estado, atentado y asociación ilícita, *tras una concentración ante el Parlament de Catalunya con ocasión de la aprobación de los presupuestos*

¹² SEOANE SPIEGELBERG, J. L. “El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil”. En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 2012, n° 42, p. 11.

¹³ ECLI:ES:TS: 2015:812.

¹⁴ ECLI:ES:AN: 2014:2863.

de la Comunidad para aquel año, en protesta por la reducción del gasto social, que tuvo lugar los días 14 y 15 de junio de 2011.

En esta sentencia encontramos una de las referencias más recientes a la denominada doctrina del efecto desaliento: *La línea argumental que anima la sentencia recurrida, concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho (...) La absolución resulta obligada con el fin -se razona- de evitar lo que los Jueces de instancia denominan "el efecto desaliento", cuya extensión podría conducir a desincentivar el dinamismo de los movimientos sociales de protesta: "... es aquí donde la doctrina del efecto desaliento, pauta del juicio de proporcionalidad penal cuando se afectan derechos fundamentales, despliega sus efectos. Porque la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política.*

Más de medio centenar de resoluciones judiciales españolas citan esta doctrina; por ejemplo, la sentencia SJP 99/2014, de 5 de diciembre, del juzgado de lo penal nº 1 de Gijón (Asturias)¹⁵ se refiere también a este asunto, mencionando el criterio del Tribunal Constitucional: *La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada" (STC 88/2003, de 19 de mayo y las en ella citadas sobre el "efecto desaliento").*

En España, la recepción explícita de esta doctrina se produjo a finales del siglo XX con otra famosa y polémica resolución del Constitucional –el fundamento jurídico 20º de la sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999– donde se resolvió que: *una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos*

¹⁵ ECLI:ES:JP: 2014:99.

derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada. (...) la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información ha sido declarada no sólo por este Tribunal (por todas, STC 85/1992), sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, Sentencia del T.E.D.H. Tolstoy Miloslavsky, 13 de julio de 1995).

De esta Corte de Estrasburgo –piedra angular del Consejo de Europa (otra organización paneuropea ajena a la Unión Europea)– también suelen citarse los asuntos Nilsen y Johnsen contra Noruega, de 25 de noviembre de 1999; Fuentes Bobo contra España, de 29 de febrero de 2000; Cumpana y Mazare contra Rumanía, de 14 de diciembre de 2004; Stoll contra Suiza, de 10 de diciembre de 2007; Belpietro contra Italia, de 24 de septiembre de 2013; y Amorim Giestas y otros contra Portugal, de 3 de abril 2014.

En opinión del profesor Tomás de Domingo Pérez¹⁶: *De este texto se desprende que una sanción penal puede ser desproporcionada por sí misma, es decir, por no guardar la debida proporción con el reproche que merece la conducta que se pretende evitar; pero también por desalentar la realización de otras conductas no reprochables.*

Como ha señalado dicho autor, esta doctrina jurisprudencial surgió en Estados Unidos al resolverse el caso Brown v. Hartlage [456 U.S. 45 (1982)]. En síntesis, el asunto tuvo su origen en una ley del Estado de Kentucky que pretendía preservar la integridad de los procesos electorales regulando el contenido de los mensajes que se podían proferir en campaña. En aplicación de esta ley se pretendía anular la elección del Sr. Brown para uno de los puestos de la Comisión del Condado porque durante la campaña electoral había prometido renunciar a su sueldo si resultaba elegido.

El Tribunal Supremo, a través del juez Brennan, reconoció que el Estado de Kentucky podía tener un legítimo interés en preservar la integridad de un proceso electoral, pero también observó que «al igual que la promesa de rebajar los impuestos, incrementar la eficiencia de un gobierno, o incluso aumentar los impuestos para beneficiar a ciertos grupos mediante un subsidio o un servicio público, la promesa de Brown

¹⁶ DE DOMINGO PÉREZ, T. “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»”. En *Revista de Estudios Políticos*, 2003, nº 122, p. 148

de reducir su salario no puede considerarse que va más allá del alcance de la Primera Enmienda [que reconoce la libertad de expresión], o ser considerada como un tipo de corrupción que un Estado puede tener la necesidad imperiosa de evitar». Pero, además, el Tribunal Supremo observa que exigir responsabilidades por promesas o declaraciones erróneas que pueden efectuarse en el curso de una campaña electoral puede generar un «chilling effect» respecto al ejercicio de la libertad de expresión: «el efecto desaliento que provoca exigir una responsabilidad absoluta por declaraciones erróneas proferidas en el curso de un debate político es incompatible con la atmósfera de libre discusión contemplada en la Primera Enmienda en el contexto de las campañas políticas» (The chilling effect of such absolute accountability for factual misstatements in the course of political debate is incompatible with the atmosphere of free discussion contemplated by the First Amendment in the context of political campaigns).

7. LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y LA DOCTRINA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula; es decir, si la obtención de una prueba no supera un control de legalidad –por ejemplo, si se obtuvo vulnerando el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio (Art. 18 de la Constitución)– se convierte en ilegítima y su nulidad insubsanable, (...) arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas [sentencia 4735/2012, de 21 de junio, del Tribunal Supremo, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia].

Esta posibilidad de extender los efectos de una prueba declarada nula recibe el metafórico nombre de la doctrina de los frutos del árbol envenenado; en el sentido comparado de que si un árbol se emponzoña, todos los frutos que den sus ramas también estarán corrompidos.

El origen de esta teoría –que, en inglés, se denomina *Fruit of the poisonous tree doctrine*– se remonta al caso *Silverthorne Lumber Company* contra Estados Unidos, del 26 de enero de 1920, cuando los agentes del Gobierno allanaron las oficinas de Frederick W. Silverthorne y este empresario y su padre fueron detenidos basándose en los libros contables hallados en aquel registro que posteriormente se declaró ilegal, apelando a la cuarta enmienda de su Constitución. La resolución que dictó el Tribunal Supremo estadounidense, en apelación, describió esta doctrina pero sin llegar a citarla con ese poético nombre. La primera sentencia que sí que la

mencionó expresamente fue el caso Nardone contra Estados Unidos de 11 de diciembre de 1939, al pinchar el teléfono a un contrabandista de alcohol: *el juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado.*

A raíz de esta teoría, acabó surgiendo una suerte de contracorriente – la doctrina del descubrimiento inevitable– según la cual: *todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición* (STS 4733/2012, de 11 de junio). En otras palabras: *cuando la prueba tachada de ilícitamente obtenida hubiera llegado en todo caso a la causa, porque el juez de instrucción de todos modos hubiera tenido que decretar la diligencia cuestionada, surge la doctrina del “inevitable discovery”. (...) Cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada “conexión de antijuridicidad” que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda.*

Recordemos por último que, en el ordenamiento jurídico español, el Art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que: *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

8. LA DOCTRINA QUINTEROS

Desde 1998, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) viene citando el caso Quinteros para afirmar que los familiares allegados (*next-of-skin*) de las personas desaparecidas también pueden llegar a ser considerados víctimas de los malos tratos.

Este criterio extensivo empezó a formar parte de la jurisprudencia europea a raíz del caso Kurt contra Turquía, de 25 de mayo de 1998, cuando la señora Koçeri Kurt denunció al Gobierno de Ankara por la desaparición de su hijo Üzeyir, en unas circunstancias que comprometían la responsabilidad del Estado en los hechos. La Corte entendió que este país había incumplido el Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en relación con la demandante, *porque la madre también había sufrido incertidumbre, duda y temor durante un prolongado y continuo*

periodo de tiempo, lo que le causó angustia y un grave sufrimiento mental; no obstante, dos años más tarde, en el caso Tas contra Turquía, de 14 de noviembre de 2000, el TEDH puntualizó que ese criterio *no suponía establecer ningún tipo de principio general por el cual los miembros de la familia de una persona desaparecida fuesen considerados, por lo tanto, víctimas de un maltrato contrario a dicho Art. 3;* es decir, se deberá valorar la existencia de una serie de factores en cada supuesto denunciado, como el grado de parentesco (en especial, la relación padres-hijos), si el familiar fue testigo de los hechos, su implicación a la hora de reclamar información a las autoridades y, sobre todo, la actitud con la que éstas le respondan y cómo reaccionen para apreciar que el sufrimiento que ha padecido el familiar de la víctima tenga una dimensión y un carácter distintivo.

Esos elementos relevantes para considerar que los parientes más próximos de un desaparecido también pueden llegar a ser considerados víctimas indirectas de los malos tratos han sido reiterados por diversas sentencias de la Corte de Estrasburgo donde se hace especial hincapié en que lo trascendental no es tanto la desaparición en sí como *las reacciones de las autoridades y sus actitudes respecto a la situación cuando* [aquella desaparición] *se pone en su conocimiento* y que, por ejemplo, los poderes públicos no hayan llevado a cabo una *efectiva investigación oficial* de modo que las reclamaciones lleven años sin ser atendidas.

El antecedente de esta jurisprudencia europea se encuentra al otro lado del Atlántico, en la decisión de 21 de julio de 1983 del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso Quinteros contra Uruguay.

El 24 de junio de 1976, un grupo de militares uruguayos detuvo a la maestra Elena Quinteros Almeida, en su domicilio de Montevideo, por sus opiniones políticas marxistas (era miembro del Partido por la Victoria del Pueblo). La joven permaneció cuatro días incomunicada –a pesar de que el plazo máximo, según la normativa de este país sudamericano, era de 48 horas– hasta que fue conducida a un lugar cercano a la embajada de Venezuela donde pudo escaparse de sus captores y saltar el muro de la residencia diplomática pidiendo asilo, pero los policías vestidos de civil entraron en el recinto, golpearon al personal venezolano y se llevaron a Elena. Su madre, María del Carmen Almeida (llamada *Tota Quinteros*) no obtuvo nunca ninguna información oficial de las autoridades sobre el paradero de su hija ni tampoco se admitió oficialmente su detención.

Ante la imposibilidad de entablar cualquier recurso en la jurisdicción uruguaya –ya que las autoridades de este país siempre negaron la detención de su hija– y la falta de legitimidad para invocar el hábeas corpus –que sólo

se aplica a personas que permanecen detenidas sin conocer las causas— la madre acabó alegando que ella misma era víctima de la tortura psicológica, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (comunicación 107/1981: secuestro y detención de civiles por autoridades militares) porque ignoraba el paradero de su hija y esa intrusión afectaba a su vida privada y familiar.

En 1983, el Comité de Derechos Humanos de la ONU concluyó que, comprendiendo el profundo pesar y la angustia que padecía la demandante como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y su paradero, ella también era una víctima y se le reconoció su derecho a saber lo que le había sucedido a su hija. En consecuencia, el Comité señaló que incumbía a las autoridades del Uruguay tomar medidas inmediatas y eficaces a fin de: *a) determinar la suerte que ha corrido Elena Quinteros desde el 28 de junio de 1976 y asegurar su liberación; b) castigar a toda persona que resulte culpable de su desaparición y malos tratos; c) pagar una indemnización por los agravios sufridos; y d) garantizar que no ocurran violaciones similares en el futuro.*

Tota falleció en 2001 sin recuperar los restos de Elena; en enero de 2006, se exhumó el cadáver de la madre para extraerle unas muestras de ADN y comprobar que los huesos hallados en un destacamento militar se correspondían con los de su hija.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en la capital josefina) también ha reiterado esta jurisprudencia en diversos casos como los de Velásquez Rodríguez contra Honduras (de 1988) y Blake contra Guatemala (1998) donde uno de los magistrados señaló que las víctimas son tanto el desaparecido (víctima principal) como sus familiares.

9. LA DOCTRINA DEL *FELONY MURDER* Y LA DOCTRINA DEL *JOINT CRIMINAL ENTERPRISE*

El 24 de junio de 1987, William van Poyck [alias, *Billy*] y Frank Valdez planearon liberar al preso James O'Brien cuando dos funcionarios de prisiones —Fred Griffis y Steve Turner— lo trasladaran en un furgón desde el consultorio de un médico en West Palm Beach (Florida, Estados Unidos) hasta la prisión, interponiendo su *cadillac* delante del otro vehículo para obligar a los agentes a detenerse. Entonces, amenazándoles con sus armas, abrirían el portón y escaparían rápidamente con su antiguo compinche.... pero no contaron con que Griffis iba a lanzar las llaves que abrían aquella puerta tan lejos como pudo y, ante ese imprevisto, Valdez lo mató de tres tiros, uno en la cabeza y dos en el pecho. Aun así, los dos asaltantes

trataron de forzar la puerta del furgón, sin conseguirlo y huyeron antes de que llegasen nuevos refuerzos. Durante la persecución, Billy disparó a las patrullas en diversas ocasiones mientras Valdez conducía el coche tratando de desaparecer de su vista; pero, en la huida, perdió el control del vehículo y acabó chocando contra un árbol donde fueron detenidos y se les incautaron cuatro armas, incluyendo el revólver del fallecido.

En el juicio, ambos fueron condenados a muerte, al hallarles culpables de los cargos de homicidio en primer grado, robo a mano armada, cooperación en un intento de fuga, asalto agravado y seis asesinatos frustrados (por los disparos que efectuaron contra los coches de policía que les seguían). Aunque Valdez fue ejecutado en 1990, van Poyck esperó durante más de dos décadas en el corredor de la muerte hasta que recibió la inyección letal en 2013, proclamando su inocencia al considerar que él no había asesinado a aquel funcionario y que iban a condenarlo sin haber matado a nadie, pero las autoridades estadounidenses le aplicaron la *Felony Murder Rule* y lo ejecutaron.

En el *Common Law* de los países anglosajones, esta doctrina parece que se remonta al siglo XII, pero fue en 1541 cuando se produjo un crimen que le brindó gran notoriedad.

El aristócrata Thomas Fiennes, noveno Barón Dacre –que, cinco años antes había formado parte del jurado que condenó a muerte a Ana Bolena– entró en la finca de Sir Nicholas Pelham of Laughton, por la noche, el 30 de abril de aquel año, con un grupo de otros jóvenes de la nobleza para cazar pero fueron sorprendidos por los guardabosques del propietario, se enzarzaron en una pelea y uno de los sirvientes resultó muerto. Dacre no efectuó aquel disparo mortal pero junto a otros tres miembros de aquella fatídica partida fueron juzgados y condenados a morir al aplicárseles la regla del *Felony Murder* y considerarles culpables de un crimen que se produjo como resultado de haber cometido otro delito. El barón, que solicitó clemencia al rey, fue ahorcado en el célebre árbol de Tyburn, el patíbulo más famoso de Londres, el 29 de junio de 1541.

Si el propio Sir Nicholas hubiera salido de caza en su finca y, accidentalmente, hubiese matado a un ojeador creyendo que se trataba de un ciervo, no se le habría aplicado esta regla condenándolo a muerte por homicidio porque él era el dueño de ese coto y no hacía nada ilegal; pero, en cambio, aunque el barón Dacre no acabó con la vida de nadie, se encontraba sin permiso dentro de aquel terreno cuando se cometieron los hechos y, por esa ilegalidad que tuvo como resultado una muerte, recibió idéntico castigo: la pena capital.

En la siguiente década se produjo otro crimen fortuito que también recurrió a la aplicación estricta de esta regla: el Caso de Mansell y Herbert, de 1558. El caballero sir George Herbert y unos cuarenta alborotadores entraron por la fuerza en casa de sir Rhys Mansell con el fin de enfrentarse al dueño de la casa y a su hijo Edward, por un problema relacionado con la propiedad de unos bienes confiscados. En medio del altercado, mientras la hija de Mansell trataba de mediar para poner paz en el conflicto, recibió una pedrada que un criado de Herbert lanzó con otro objetivo pero que revotó alcanzándola con tan mala fortuna que la joven falleció y, de nuevo, se les aplicó a todos la doctrina del *Felony murder*.

Dos siglos más tarde, en 1716, el abogado William Hawkins publicó su tratado sobre peticiones a la Corona [*A Treatise of the Pleas of the Crown*] que formuló esta doctrina en su capítulo 47, de modo análogo a como se aplicó en Inglaterra y Gales hasta poco después de finalizar la II Guerra Mundial, cuando esta doctrina fue abolida; pero como esta regla formaba parte de la herencia jurídica británica, cruzó el Atlántico formando parte de ese legado normativo común y se ha aplicado en los Estados Unidos hasta el día de hoy.

En la actualidad, un buen ejemplo del sentido de esta doctrina lo encontramos en el Código Penal de Puerto Rico, de 2012 (como su primer cuerpo punitivo, de 1902, se inspiró textualmente en el Código Penal de California, incorporó esta doctrina a su ordenamiento).

El Art. 92 tipifica el asesinato como dar muerte a un ser humano con intención de causársela. A continuación, los Arts. 93 y 94 regulan los grados de asesinato y su condena, disponiendo que constituye asesinato en primer grado: *(a) Toda muerte perpetrada por medio de veneno, acecho o tortura, o con premeditación. (b) Toda muerte que ocurra al perpetrarse o intentarse algún delito de incendio agravado, agresión sexual, robo, escalamiento agravado, secuestro, secuestro de un menor, estrago (modalidad intencional), envenenamiento de aguas de uso público (modalidad intencional), agresión grave, fuga, maltrato intencional, abandono de un menor; maltrato, maltrato agravado, maltrato mediante restricción de la libertad, o agresión sexual conyugal (...). A la persona convicta de asesinato en primer grado se le impondrá pena de reclusión por un término fijo de noventa y nueve (99) años.*

Es decir, como ha reflexionado el investigador boricua Javier Rivera¹⁷: *En el common law anglosajón del siglo XVI, una persona era encontrada culpable de asesinato si causaba la muerte de un ser humano aun cuando no existiera la intención de matar. Era más importante que la muerte fuera el resultado de la comisión de un delito. De ahí surge el felony murder que se define como la muerte de un ser humano ocurrida durante el intento o comisión de un delito.*

Una teoría que apenas difiere de la doctrina del *Joint Criminal Enterprise*, como veremos a continuación.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *alarmado por los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la “depuración étnica”, inclusive para la adquisición y la retención de territorio*, adoptó la Resolución S/RES/827 (1993), de 25 de mayo, para establecer un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de las violaciones cometidas en la antigua Yugoslavia entre 1991 y 2001.

A continuación, el 4º párrafo obligaba a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias, con arreglo a su Derecho interno, para cumplir con esta Resolución y hacer efectivo el Estatuto del Tribunal; como consecuencia, España aprobó la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia [*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)*]. Esta norma fue el antecedente inmediato de otra disposición análoga posterior: la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, que desarrolló las previsiones para cooperar con el Tribunal Internacional para Ruanda [*International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, con sede en Arusha (Tanzania)] creado por la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, con el fin de enjuiciar a los presuntos responsables del genocidio ruandés que se cometió entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

¹⁷ RIVERA ROSARIO, J. “Reflexiones en torno a la doctrina del *Felony Murder Rule* en el sistema legal penal puertorriqueño: ¿estamos en el camino correcto?”. En *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 1998, vol. 37, p.1.

El ICTY fue el primer tribunal internacional que se creó en el mundo tras los célebres procesos de Núremberg y Tokio y también fue el primer órgano judicial que estableció la ONU para juzgar crímenes de guerra, de acuerdo con las atribuciones previstas por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas [acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión] de 1945. Con sede en La Haya (Países Bajos), su primer acusado fue Dragan Nikolić (7 de noviembre de 1994); el primer juicio, contra Duško Tadić, comenzó el 7 de mayo de 1996; y tres años más tarde dictó el primer auto de procesamiento que un tribunal internacional emitía contra un jefe de Estado, Slobodan Milosevic.

El Art. 7.1 del Estatuto del ICTY reguló la responsabilidad penal individual estableciendo que: *1. Quienquiera [que] haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los Arts. 2 a 5 del presente Estatuto [se refiere a: infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes o prácticas de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad] es individualmente responsable de dicho crimen.*

De conformidad con este precepto, en una decisión de la sala de apelaciones del Tribunal, de 21 de mayo de 2003, se elaboró la denominada doctrina del *Joint Criminal Enterprise* [literalmente: empresa criminal conjunta] que, básicamente, consiste en que cada uno de los sujetos que integran un grupo criminal organizado también será responsable de los delitos que hayan cometido los demás miembros al compartir todos ellos un mismo ideario; en este caso, la depuración étnica que se practicó en este desaparecido país balcánico.

10. EL MARGEN DE APRECIACIÓN

En los casos Grecia contra Reino Unido, de 26 de septiembre de 1958 [nº 176/56: (...) *the Commission was of the opinion, nevertheless, that a certain margin of appreciation must be conceded to the Government*; una de las muy escasas demandas interestatales resueltas por la Corte de Estrasburgo] y el Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica contra Bélgica, de 23 de julio de 1968 (nº 1474/62, § 4) fueron los primeros asuntos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió invocando la expresión "margen de apreciación" [apropiación directa del francés: *marge d'appréciation*] que, desde entonces, se ha convertido en uno de los principios a los que suele recurrir la jurisprudencia de este órgano judicial paneuropeo.

Este criterio parte de la idea de que existen algunas cuestiones donde los ordenamientos jurídicos de los 47 Estados miembro del Consejo de Europa difieren a la hora de delimitar el alcance y contenido consagrado en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en función de su propia idiosincrasia nacional, y por lo tanto, al coexistir diversas interpretaciones y ante la necesidad de encontrar un consenso, la Corte de Estrasburgo ha considerado que, *mejor que un juez internacional, nadie mantiene un contacto tan directo y continuo con la realidad de cada Estado como sus propias autoridades nacionales*¹⁸ y su fallo se centrará en examinar si el Estado demandado se ha extralimitado, o no, más allá de ese margen discrecional que se le reconoce. De este modo, *la maquinaria de protección establecida por el Convenio es subsidiaria de los sistemas nacionales de salvaguarda de los derechos humanos*¹⁹.

Un ejemplo muy notorio se encuentra en el ámbito de la libertad religiosa, proclamada en el Art. 9 del mencionado Convenio. El TEDH ha reiterado que *en Europa no es posible discernir una concepción uniforme de la importancia de la religión para la sociedad; el significado o el impacto de una creencia en la opinión pública diferirá según el momento y el contexto. Consecuentemente, las normas en esta esfera variarán de un país a otro según las tradiciones nacionales, así como las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos de los demás y mantener el orden público. Por tanto, la elección de los límites y la forma de dichas regulaciones debe dejarse, inevitablemente, hasta cierto punto, al Estado interesado, puesto que dependerá de su contexto interno*²⁰.

Este margen de apreciación de los Estados –que, al abrir la puerta a la discrecionalidad, puede llegar a ocasionar cierta inseguridad jurídica entre los ciudadanos, en función del país donde residan– se manifiesta también en otros aspectos como sucede, por ejemplo, en el caso de los demandantes extracomunitarios de asilo: como principio general, *las autoridades nacionales se encuentran en mejor posición para determinar los problemas de credibilidad, de las solicitantes de asilo porque tienen la oportunidad de ver, escuchar y evaluar su comportamiento*²¹.

¹⁸ Casos Otto-Preminger-Institut contra Austria, de 20 de septiembre de 2004 (nº 13470/87, § 56) y Wingrove contra Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996 (nº 17419/90, § 58).

¹⁹ Caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (nº 5493/72, § 48).

²⁰ Caso Leyla Sahin contra Turquía, de 29 de junio de 2004 (nº 44774/98, § 109).

²¹ Decisión R.W. y otros contra Suecia, de 10 de abril de 2012 (nº 35745/11).

Como ha señalado el catedrático García Roca²²: *el origen del margen de apreciación nacional es bastante oscuro, no parece proceder del Derecho Internacional y el término no está en el Convenio [Europeo de Derechos Humanos] ni en los trabajos preparatorios. El origen de esta expresión no es evidente para los juristas de habla inglesa, a diferencia de en Francia, de donde parece proceder (...) de las técnicas de revisión judicial propias de los Estados, en particular, del Consejo de Estado francés.*

Esta técnica del margen de apreciación también se aplica en otros órganos judiciales internacionales de ambas orillas del Atlántico; por ejemplo:

- El apartado 25 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de abril de 2015 (asunto C 278/14)²³ recuerda que (...) *por lo que respecta a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como a la obligación de transparencia, debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público.* Unos meses antes, otra sentencia del tribunal de Luxemburgo, de 26 de febrero de 2015 (asunto C 238/14)²⁴ también había apreciado que *Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en el artículo 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo marco, o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores.* Se trata de dos ejemplos en los que esta técnica jurisprudencial también se aplica, en este caso, en el sistema judicial de la Unión Europea.
- En la Corte Interamericana de Derechos Humanos se menciona, por ejemplo, en la Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984 [Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización] donde los

²² GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: soberanía e integración.* Madrid: Cívitas, 2010, p. 107.

²³ ECLI:EU:C: 2015:228

²⁴ ECLI:EU:C:2015:128

magistrados del tribunal josefino afirmaron que *Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla.*

- Y en lo referente a la Corte Internacional de Justicia, por citar un asunto, el caso concerniente a la delimitación marítima del Mar Negro [Rumanía contra Ucrania (CR 2008/33, de 19 de septiembre), el órgano judicial de las Naciones Unidas señaló que: *the Court clearly has a margin of appreciation when it comes to weighting the effect that a marked difference in coastal lengths has for adjusting the provisional equidistance line in order to achieve an equitable result.*

NOTA BENE:

Al citar la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo) como otros órganos judiciales españoles se ha incluido la referencia denominada ECLI [Identificador europeo de jurisprudencia (*European Case Law Identifier*)]. El TJUE ha atribuido un ECLI a la totalidad de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de la Unión desde 1954, así como a las conclusiones y opiniones de los Abogados Generales; de modo que, por ejemplo, el código ECLI:EU:C:2002:16 significa:

- «EU» expresa que se trata de la resolución de un órgano jurisdiccional de la Unión Europea (en el caso español, se indicaría ES; en el portugués, PT; en el francés, FR; etc);
- «C» que dicha resolución ha sido dictada por el Tribunal de Justicia (si la hubiese fallado el Tribunal General o el Tribunal de la Función Pública, las indicaciones serían «T» y«F», respectivamente). En el poder judicial español, si fuera el Tribunal Supremo aparecería TS; la Audiencia Nacional, AN; o el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León: TSJCL, etc.;
- «2002» indica que la resolución se dictó durante dicha anualidad; y
- «16» que se trata del ECLI nº 16 que se falló aquel año.

BIBLIOGRAFÍA:

ARÉVALO NARVÁEZ, C. “Moot court: más que concursos, experiencias. Tribunal simulado”. En: *Dikaion*, 2006.

- DE DOMINGO PÉREZ, T. “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»”. En *Revista de Estudios Políticos*, 2003.
- GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: soberanía e integración*. Madrid: Cívitas, 2010.
- GILBERT, M. D. “Single Subject Rules and the Legislative Process”. En: *University of Pittsburgh Law Review*, 2006.
- HERRERO LLORENTE, v. J. *Diccionario de expresiones y frases latinas*. Madrid: Gredos, 3ª ed., 1992.
- LIPOVETSKY, G. y JUVIN, H. *El Occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama, 2011.
- RIVERA ROSARIO, J. “Reflexiones en torno a la doctrina del *Felony Murder Rule* en el sistema legal penal puertorriqueño: ¿estamos en el camino correcto?” En *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 1998.
- SEOANE SPIEGELBERG, J. L. “El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil”. En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 2012.

WEBGRAFÍA:

Puedes consultar, gratuitamente, las resoluciones judiciales que se han citado en este artículo en las siguientes direcciones de internet:

- **EE.UU. (Tribunal Supremo):** <http://law.justia.com/>
- **Unión Europea (TJUE):** http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/
- **Consejo de Europa (TEDH):**
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- **España:** <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> excepto las sentencias del Tribunal Constitucional que se hayan disponibles en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/>