CEJUP

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

REVISTA DEL
Centro de estudios jurídicos y de postgrado

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

SUMARIO

Jurisprudencia Penal

LA FINA LÍNEA ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE EN UN DELITO DE LESIONES POR "SÍNDROME DEL BEBÉ SACUDIDO". Reflexiones sobre la Sentencia nº 1175/2024, de 20 de diciembre de 2024, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. *Consuelo Domingo Muñoz, Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.* ***Pág. 4***

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. COMENTARIO DE LA SENTENCIA, SALA 2ª TS, nº 193/2024 de 29/02/2024. *M.ª Cristina García Carballo. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Profesora Asociada. Facultad Ciencias Jurídicas Y Sociales Toledo (UCLM).* ***Pág. 18***

LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO. *Alfonso Martín Palomino. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 24***

LA PRUEBA INDICIARIA Y EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (STS, Sala 2ª, 17/2026 de 15 de enero). *Encarnación Martínez Rodríguez. Doctora en Derecho. Profesora de Universidad. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía Superior de Andalucía.* ***Pág. 34***

FALSIFICACIÓN DOCUMENTO OFICIAL *VERSUS* FALSIFICACIÓN DOCUMENTO PRIVADO. *Míriam Sala Boixader. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 40***

ANÁLISIS DE LA STS 887/2025, DE 29 DE OCTUBRE DE 2025, EN LO QUE CONCIERNE A UN ÚNICO DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y NO UN COMPORTAMIENTO DELICTIVO CONTINUADO. *Montserrat Vilà Roura. Abogada no ejerciente.* ***Pág. 48***

Doctrina Penal

LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL, INSTRUMENTO INDISPENSABLE EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS. *Noelia Ahijón de Haro. Letrada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 54***

LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO. *Karim El Marbouhe El Faqyr. Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Almería.* ***Pág. 77***

LA MEDIACIÓN PENAL. *María Teresa Ferrer Costa. Jueza Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 97***

ALCANCE DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. *Verónica Flor Robledo. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía del Área de Mataró-Arenys de Mar.* ***Pág. 111***

FASE DE ADOPCIÓN, PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN. *Isabel Eugenia Jiménez de Lucas. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Doctoranda en URJC.* ***Pág. 127***

LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE LA EJECUCIÓN PENAL. *Mónica Martínez Fernández. Funcionaria de la Secretaría del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Consejo de Europa.* ***Pág. 140***

LAS COMPETENCIAS DE LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. *M.ª Teresa Rivas Padilla. Doctora en Derecho. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.* ***Pág. 152***

HABEAS CORPUS: OBJETO Y REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA. *Dacil Rodríguez Méndez. Abogada de los Ilustres Colegios de Abogados de Santa Cruz de Tenerife y de las Palmas,* ***Pág. 161***

EXAMEN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR. *Raúl Sánchez González. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha.* ***Pág. 171***

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

Jurisprudencia Civil

RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO TÉCNICO EN LA LOE COMENTARIOS A LA STS 2352/2021, 17 JUNIO 2021. *M.ª Carmen Arijón Loureiro. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña.* ***Pág. 192***

EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN BAJO LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. *M.ª Jesús Berzosa Ríos. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 205***

LA COMISIÓN DE APERTURA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. *Pablo López García. Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Sueca (Valencia).* ***Pág. 214***

EL ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA I, 942/2025 DE 12 DE JUNIO. *Pedro Macías Montes. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.* ***Pág. 233***

DAÑOS CAUSADOS POR AMIANTO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS DE LA SENTENCIA 141/2021 A LA SENTENCIA 951/2025. *María Teresa Manga Alonso. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.* ***Pág. 244***

ANÁLISIS DE LA CLAUSULA IRPH EN LA ACTUALIDAD: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2025. *Adriana Mateos Ruiz. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.* ***Pág. 258***

EL *DIES A QUO* DEL ABONO DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS A LOS HIJOS MENORES EN LOS CASOS DE CAMBIO DE FACTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA FIJADA EN SENTENCIA. *Arturo Jesús Monsalve Díaz. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.* ***Pág. 266***

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM" Y "REFORMATIO IN PEIUS". Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1635/2025. *Jordi Pérez Camacho. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de La Palma.* ***Pág. 277***

FORMAS IRREGULARES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO: UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA TRANSACCIÓN, RENUNCIA, DESISTIMIENTO Y ALLANAMIENTO. JURISPRUDENCIA APLICABLE. *Daliana Tomey Soto. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias.* ***Pág. 284***

Doctrina Civil

LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS CONSTITUIDAS SOBRE BIENES INMUEBLES: PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO. *Aránzazu Barandiarán Vizcaíno. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.* ***Pág. 299***

LA PROTECCIÓN DEL INCAPACITADO EN GENERAL. *M.ª Inmaculada Fernández Serna. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha.* ***Pág. 311***

Doctrina - Jurisprudencia Social

ANÁLISIS DE LA LEY 2/2025, DE 23 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE MODIFICAN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, EN MATERIA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN MATERIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE. *Marta Rincón Crespo. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.* ***Pág. 321***

Consejo editorial. Pág. 339

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

Jurisprudencia Penal

LA FINA LÍNEA ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE EN UN DELITO DE LESIONES POR "SÍNDROME DEL BEBÉ SACUDIDO". Reflexiones sobre la Sentencia nº 1175/2024, de 20 de diciembre de 2024, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Consuelo Domingo Muñoz

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

SUMARIO: *I. Planteamiento. II. El iter procesal. III. El Recurso de Casación. 1. Motivos. IV. La Sentencia del Tribunal Supremo. 2. El Fallo de la sentencia. V. La segunda sentencia del Tribunal Supremo. VI. El Voto Particular de los Magistrados D. Julián Sánchez Melgar y Dª. Susana Polo García. VII. Conclusiones. VIII. Jurisprudencia*

I. PLANTEAMIENTO

En esta sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de la que fue Ponente el Magistrado D. Pablo Llarena Conde, dictada al resolver el recurso de casación nº 3378/2022 interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, el Alto Tribunal valora, especialmente, la vía del error en la apreciación de la prueba del artículo 849.2 de la LECr, la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente y sobre dicha cuestión contiene un extenso voto particular de los Magistrados D. Julián Sánchez Melgar y D ª. Susana Polo García en relación a la incardinación del delito mediante dolo eventual.

II. EL ITER PROCESAL

El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Lleida incoó Sumario por un delito de lesiones contra Benigno y Elisabeth. La Audiencia Provincial de Lleida dictó Sentencia que condena a Benigno como autor de un delito de lesiones agravadas, con la concurrencia de las agravantes de parentesco y de abuso de superioridad, a la pena de 9 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre el menor Matías todo el tiempo de la condena; y a la prohibición de aproximación en una distancia no inferior a 100 metros al menor Matías, a su domicilio y cualquier lugar en que el mismo se encuentre, y de comunicación con el mismo por cualquier medio, durante el plazo de 10 años.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En vía de responsabilidad civil a que indemnice a Matías en la cantidad de 600.000 euros, más los intereses legales con pago de la mitad de las costas, incluidas las de la acusación particular. Absuelve a Elisabeth del delito de lesiones declarando de oficio la mitad de las costas restantes.

El Único Hecho Probado recoge que el procesado Benigno, mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, mantenía una relación de pareja con Elisabeth, residiendo ambos en Lleida. Fruto de esta relación en 2019, Elisabeth dio a luz un niño sano, Matías. La noche del día 12 de agosto de 2019, los procesados se hallaban en su domicilio con su hijo recién nacido y sobre las 24:00 horas, Matías empezó a despertarse frecuentemente y a llorar, siendo ya la madrugada del día 13 de agosto de 2019, Matías seguía llorando insistentemente, Benigno estuvo dando paseos por la vivienda para calmarlo, y en un momento determinado, desconociéndose el motivo pero probablemente por los llantos reiterados de aquél, cogió a Matías por el cuerpo y lo zarandeó enérgicamente, pese a conocer y representarse que dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones. Tras ello dejó a Matías en la cama junto a su madre quien no tenía conocimiento alguno de lo que acaba de suceder pero al advertir un comportamiento anómalo y unos gemidos extraños en el menor insistió a su pareja para que lo llevaran al servicio de urgencias, y así lo hicieron, presentando Matías en el momento de su ingreso en el Hospital un cuadro de fiebre e irritabilidad, y dada su evolución desfavorable fue ingresado practicándole un TAC craneal y un EEG que detectaron graves lesiones cerebrales que motivaron su traslado urgente al Servicio de Neonatología del Hospital. A consecuencia de las sacudidas propinadas por Benigno a Matías, éste sufrió gravísimas lesiones y su situación llegó a ser crítica, revertida tal situación recibió el alta hospitalaria el 23 de octubre de 2019. Por estas lesiones Matías precisó tratamiento médico aunque no pueden establecerse con carácter definitivo las secuelas que padecerá el menor en el futuro dada su corta edad y plasticidad de las células encefálicas, pero su cuadro clínico destaca un riesgo moderado-severo de afectación en la esfera motora, cognitiva y conductual.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó Sentencia en la que desestima el recurso de apelación interpuesto por Benigno contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

Benigno interpone recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley que articula en cinco motivos.

1. Motivos

PRIMERO.- Por infracción de ley del artículo 849.2 de la LECr, por error de hecho en la apreciación de prueba por diversos documentos que mostrarían la equivocación del juzgador y que basa en tres documentos

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

concretos: a) El contenido de las conversaciones mantenidas por escrito entre el acusado y su esposa que la policía extrajo de su teléfono móvil con pasajes en los que dijo desear que el feto naciera muerto, afirma que son aislados episodios de discusión y que Elisabeth testificó en el plenario que el acusado era un hombre que adoraba a sus hijos y que eso fue precisamente lo que le determinó a tener un hijo con él; b) La hoja histórico penal del acusado, que sólo debería incidir en la eventual apreciación de la agravante de reincidencia, pero no como elemento valorativo de los hechos y, c) El informe médico de la defensa presentado por los doctores Víctor y Victorio.

Señala el recurrente que la sentencia indica que Benigno cogió a Matías por el cuerpo y lo zarandeó enérgicamente, pese a conocer y representarse que por la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones, pero no existe ninguna prueba de que se formara una imagen tan clara del riesgo que se ha inferido el nivel de representación de las lesiones y la ausencia de actuación imprudente al considerar que el acusado es una persona colérica, según las conversaciones de WhatsApp y los antecedentes penales del acusado y no se ha considerado los documentos propuestos en el recurso como el informe pericial que sostiene que cuando no concurren datos que reflejen la existencia de un maltrato continuado al menor, lo más probable es que la lesión resulte de un cuidado inexperto.

El TS señala que es reiterada la vía del error en la apreciación de la prueba del artículo 849.2 de la LECr que exige:

a) Fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

b) Que el documento sea literosuficiente, evidenciando por su propio contenido y sin conjeturas que el juzgador ha cometido un error al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia;

c) Que sobre el mismo extremo de la prueba documental no existan otros elementos de prueba, pues la valoración probatoria se somete a las reglas generales aplicables y,

d) Que el dato o el elemento acreditado por el documento designado tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues el recurso se interpone contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que carecen de aptitud para modificarlo[1].

Indica en cuanto a la consideración como documento de los informes periciales a los efectos del artículo 849.2 de la LECr, que la jurisprudencia les da tal condición, cuando:

[1] STS 36/2014, de 29 de enero.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

a) Existiendo un solo dictamen o varios coincidentes, y no disponiendo de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto que altera relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los informes, sin expresar razones que lo justifiquen[2].

Pero señala el TS que en este caso tales documentos no pueden conducir a la anulación de la sentencia pues ninguno de ellos ofrece por sí mismo una constatación del grado de representación del peligro inherente a la acción perpetrada por el recurrente, sino que sólo sirven de base para que su defensa construya su propio juicio valorativo, y razona que lo que en realidad plantea el recurso es la inexistencia de prueba de cargo bastante para extraer el sustrato fáctico del dolo eventual que la sentencia de instancia atribuye al acusado pues la condena por un delito de lesiones agravadas descansa en un conjunto de acreditaciones que dan soporte a la tesis acusatoria. En concreto:

a) La existencia de las lesiones que sufrió el hijo recién nacido del acusado, deriva de la prueba documental y de los informes periciales presentados.

b) Por conformidad entre estos informes, el Tribunal concluye que las lesiones neurológicas de la víctima derivan del "síndrome del bebé sacudido", lesiones cerebrales ocasionadas por sacudirse vigorosamente al bebé, descartándose la existencia de otros actos lesionales anteriores o diferentes.

c) La causación de las lesiones surgió de un zarandeo ejecutado por el acusado, pues todas las declaraciones confluyen en que fue él quien se quedó al cuidado del bebé y el resultado lesivo se hizo evidente inmediatamente después de que el acusado le acostara esa noche y,

d) Se rechaza que la acción consistiera en un comportamiento imprudente pues el acusado tuvo que representarse la alta probabilidad de causar lesiones al bebe si lo zarandeaba bruscamente sin sostener su cabeza, porque era un bebé de once días de vida y porque al ser padre de otro hijo, conocía la fragilidad física propia del bebé.

El Tribunal contextualiza la personalidad colérica y violenta del acusado a partir de los mensajes de WhatsApp, de sus antecedentes penales, y del testimonio de dos vecinas que indicaron que era habitual oír gritos, discusiones y golpes del domicilio de la pareja.

[2] SSTS 2144/2002 de 19 de diciembre y 54/2015, de 28 de enero.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La doctrina del TS sobre el dolo distingue el dolo directo o de primer grado, dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y dolo eventual, pero la definición más clásica de dolo, es conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal, es la modalidad más frecuente, pero pueden ser tenidas por dolosas otras conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica representándose la posibilidad de la producción del resultado[3], no se excluye un concepto normativo del dolo con el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, en el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y la decisión del autor está vinculada a dicho resultado[4] . Obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca.

Se refiere a precedentes jurisprudenciales[5] que han venido aplicando un criterio más normativo del dolo eventual, primando el elemento intelectivo o cognoscitivo sobre el volitivo, el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal, sin que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría volver a las anacrónicas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado, una concepción excesivamente invasiva del dolo eventual vacía el espacio operativo de la imprudencia pues, aunque la imprudencia también exige que el resultado producido a partir del riesgo ocasionado sea previsible y evitable, en ella no puede afirmarse la alta probabilidad de su producción y su percepción consciente por el agente, excluyéndose así la aceptación o el desprecio del resultado que caracteriza al dolo eventual[6].

La Sala se centra en valorar la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente, señalando que hay una base coincidente que es advertir la posibilidad del resultado y no querer el mismo pero en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible[7], pero para la teoría del consentimiento, habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible; para la teoría de la representación, el dolo eventual se basa en el grado de probabilidad de que se produzca ese resultado que se ha representado el autor.

---

3 SSTS 172/2008, de 30 de abril; 716/2009, de 2 de julio y 546/2012, de 25 de junio.

4 STS de 1 de diciembre de 2004.

5 STS 20999/1992, de 23 de abril de 1992 (caso del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico").

6 STS 474/2013, de 24 de mayo de 2013.

7 SSTS 1177/1995, de 24 de noviembre; 1531/2001, de 31 de julio; 388/2004, de 25 de marzo o 366/2020, de 2 de julio de 2020.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En la culpa consciente no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y se actúa, aun representándose el agente que su producción es algo remoto y confía en que el resultado no se producirá por causas objetivas como la inidoneidad de los medios para causarlo.

Cita el Supremo que la jurisprudencia ha analizado en numerosas ocasiones la frontera que existe entre la causación de la muerte o lesiones por dolo eventual o por culpa consciente en casos de lesiones a bebés y a niños[8] y no se anuda necesariamente la previsibilidad de las lesiones a que un niño de corta edad pueda ser zarandeado, sino que exige otra serie de elementos concurrentes que perfilen el nivel de cognoscibilidad del riesgo inherente a la conducta y de percepción de la probabilidad del resultado que pueda derivarse, el conocimiento de la fragilidad de un bebé o de un niño de corta edad, no es en sí mismo suficiente para representarse comúnmente la alta probabilidad de que un zarandeo pueda generarle graves lesiones y aceptar que la realización de la acción comporta que el autor asuma ese resultado. Aunque la fragilidad de un recién nacido es perceptible por todos, el zarandeo de un menor no pueda normalmente ser evaluado como un supuesto de imprudencia por un ciudadano medio, el advertir que la acción pueda generar el resultado dañoso prevenido por la norma es contingente y muchos factores pueden reflejar la percepción de la alta peligrosidad del comportamiento para cualquier ciudadano medio (dolo eventual) y otros dificultan que pueda percatarse de la idoneidad de que un zarandeo pueda generar lesiones en un bebé o en un menor con relativa facilidad (culpa consciente), y que, de haberlo sabido, hubiera renunciado claramente a su actuación, así deben valorarse los elementos probatorios de los que extraer la representación que se hizo el autor sobre la idoneidad de su acción para generar el riesgo lesivo.

En este caso, el Tribunal Supremo señala que aunque se fije en la sentencia recurrida para apreciar el dolo eventual que el acusado "zarandeó enérgicamente a su hijo, pese a conocer y representarse que, dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones", los datos fácticos deben descansar en elementos probatorios que conduzcan racionalmente a tal conclusión más allá de toda duda razonable y con preferencia a la tesis de la defensa de que sabía de la fragilidad de un bebé, pero confiaba que su concreta reacción era inidónea para alcanzar el resultado lesivo, se basó en cuatro elementos probatorios esenciales: a) el tiempo de vida del bebé: once días a la fecha de los hechos; b) que el acusado no era padre primerizo; c) que antes del nacimiento había dirigido mensajes a su esposa en los que lamentaba que fueran a tener un hijo y le decía que ojalá que el feto naciera muerto y d) que el acusado había sido condenado anteriormente por maltrato habitual a su pareja.

[8] STS 913/2012, de 14 de noviembre, el acusado golpeó al niño en la cara, cuello y cabeza, sacudiéndolo con gran violencia, sobreviniendo la muerte de la víctima por tal causa lo que fue calificado como un delito de asesinato por dolo eventual. En la STS 870/2014, de 18 de diciembre, una madre permitió que su hija fuera agredida por otra persona que convivía en el domicilio familiar y fue condenada por un delito de maltrato físico habitual y un delito de lesiones.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Señala que aunque el elemento de la edad permite a cualquier persona percibir con claridad la debilidad del menor y facilita que se represente lesiones potenciales si es intensamente golpeado o sacudido, este elemento inferencial debe ir acompañado de otros elementos complementarios en cada caso concreto y no se refuerza porque el acusado fuera ya padre con anterioridad, la percepción de fragilidad y del riesgo lesivo lo advierte cualquier persona que sostenga en sus brazos a un bebé con tan escaso tiempo de vida y los otros dos elementos probatorios nada desvelan sobre la representación que pudo hacerse el acusado sobre el riesgo inherente a su comportamiento.

El Tribunal Supremo rechaza que el acusado hubiera agredido o maltratado a su hijo de ninguna otra forma, poniendo de relieve que los elementos de valoración de los que se sirvió el Tribunal ni son concluyentes ni permiten evaluar cuál fue la percepción del acusado sobre la idoneidad de su comportamiento para causar las lesiones al menor; así no se ha probado si zarandeó a su hijo una vez o varias, cómo fue ese zarandeo, ni si por consideraciones médicas, si la violenta sacudida lesiva puede sufrirse en supuestos de sujeción parcial de la cabeza, o cuál es la intensidad que requiere el movimiento para alcanzar un umbral de riesgo o el valor de la ausencia de lesiones cervicales.

Indica la sentencia que los mensajes de WhatsApp y los antecedentes por un delito de maltrato habitual a su cónyuge pueden reflejar la poca contención conductual del recurrente, pero no son elementos indiciarios de la representación del riesgo, ni para saber si aceptó o asumió que su comportamiento pudiera conducir a lesiones en su hijo pues los elementos de inferencia no son concluyentes. Por ello, se desestima el motivo al considerar que el declarar probada la posibilidad fáctica de mayor responsabilidad para el recurrente, no está fundamentada y quebranta su derecho a la presunción de inocencia, al anudar la representación probable del resultado con el único dato de que el menor fue sometido a una sacudida con once días de vida sin conocer más circunstancias del hecho, y sería construir un supuesto de responsabilidad objetiva en función del resultado.

SEGUNDO.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECr, por indebidamente aplicado el artículo 149 del Código Penal, inaplicación indebida del artículo 152.1. 2.º del Código Penal, pues las lesiones derivan de un comportamiento imprudente.

La Sala estima el motivo sobre la base fáctica del dolo eventual y la acreditación de que las lesiones sufridas por el bebé Matías derivan realmente del zarandeo del acusado, que percibió que la sacudida era objetivamente un trato desacertado por la evidente fragilidad de aquel, pero no fue consciente de la idoneidad del comportamiento para causar lesiones.

TERCERO.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECr, por indebida aplicación del artículo 22.2 del Código Penal, circunstancia agravante de abuso de superioridad; se estima el motivo por la calificación de la

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

conducta como imprudente incompatible con la circunstancia agravatoria que el agresor aproveche la situación de desequilibrio para hacer más fácil la perpetración del delito.

CUARTO.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECr, por indebida inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal, la atenuante de dilaciones indebidas.

Se desestima el motivo por no valorarse que la tramitación de la causa se dilatara innecesariamente con una instrucción lenta, con varios periodos de paralización no atribuibles al inculpado y sin proporción con la complejidad de la causa, pues el procedimiento se inició en agosto de 2019 y su tramitación es incompatible con cualquier demora durante los seis primeros meses de tramitación, tiempo médicamente imprescindible para fijar como secuela los resultados lesivos que no desaparecieron con el tratamiento; hasta que concluyó el sumario, no se aprecia abandono de la actividad procesal imputable a los órganos judiciales pues se practicaron en este periodo declaraciones testificales pedidas por la defensa, se resolvió el recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento respecto de otra investigada y finalizó con la duración de la instrucción de catorce meses y un año hasta el enjuiciamiento de la causa para la realización de la fase intermedia es adecuado y decretada la apertura del juicio oral y presentados los escritos de calificación provisional, hubo de señalarse el juicio oral superando las limitaciones del confinamiento por la COVID-19 y con una antelación que permitiera citar operativamente a las partes, los peritos y testigos.

QUINTO.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECr, por indebida aplicación de los artículos 109, 110 y 115 del Código Penal, al cuestionar el pronunciamiento indemnizatorio aduciendo que no hay secuelas presentes o futuras que permitan justificar su importe. El TS desestima el motivo con cita a la doctrina jurisprudencial reiterada sobre que el "quantum" de la indemnización por las responsabilidades civiles "ex delicto" no puede ser sometido a la revisión casacional, sólo la ausencia de argumentos de soporte para la compensación o la fijación de un importe manifiestamente arbitrario o desproporcionado permitiría a la Sala de casación entrar a conocer sobre la cuantía indemnizatoria de la instancia a partir del relato de hechos probados y dado que la indemnización por daño moral es difícilmente cuantificable, y se ha declarado probado que por las sacudidas propinadas a su hijo por el acusado, aquel sufrió graves lesiones y el niño superó un riesgo vital crítico y actualmente sufre varias lesiones y diversas crisis epilépticas con un deterioro neurológico que aunque no permite pronosticar con certeza en qué deficiencias se va a materializar, sí le ha producido un riesgo moderado-severo de afectación a su capacidad motora, cognitiva y conductual por lo que la indemnización no sólo se fija en consideración a unos padecimientos ya constatados y graves, sino al condicionamiento vital que las lesiones neurológicas tendrán en aspectos esenciales de su calidad de vida y personalidad y el profundo daño moral que el Tribunal contempló al fijar la indemnización por el largo periodo de toda una vida.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2. El Fallo de la sentencia de Casación

El Supremo estima la denuncia de infracción del derecho a la presunción de inocencia recogida en el primer motivo de casación del recurso, así como los motivos segundo y tercero formalizados por infracción de ley, casa la sentencia anulando su condena como autor de un delito de lesiones graves del artículo 149 del Código Penal con la agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2 del Código Penal, declarando que su actuación resulta subsumible en el tipo penal de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1 del Código Penal, desestimando el resto de pretensiones sostenidas por Benigno y manteniendo en lo demás el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, declarando de oficio las costas del recurso.

IV. LA SEGUNDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala Segunda acepta los fundamentos de la sentencia de instancia no incompatibles con los de la sentencia rescindente y con la segunda sentencia, condenando al acusado como autor de un delito de lesiones graves por imprudencia grave del artículo 152.1.2.º del Código Penal, en relación con el artículo 149 del Código Penal, y considerando la precaución que debe presidir el trato de un bebé de once días de vida, el nivel de afectación y duración que tendrá el resultado producido, la vinculación directa que el ejercicio de la patria potestad tuvo en la comisión del delito, fija las penas legalmente previstas en su máxima extensión, prisión por tiempo de tres años; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre el menor Matías durante el tiempo de la condena; y prohibición de aproximación a menos de 500 metros del menor Matías, de su domicilio y de cualquier lugar en que el mismo se encuentre, o de comunicarse con él por cualquier medio, durante el plazo de cinco años, declarando la nulidad parcial del pronunciamiento contenido en Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia que no se opongan a la sentencia.

V. VOTO PARTICULAR DE LOS MAGISTRADOS D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR Y Dª. SUSANA POLO GARCÍA

Consideran que el recurso del acusado debió ser íntegramente desestimado, y que la decisión mayoritaria estima los dos primeros motivos del recurso y consideró que los hechos deben ser subsumidos en el delito de lesiones por imprudencia grave, y no en el delito de lesiones dolosas, causadas mediante dolo eventual, como habían entendido ambos órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal.

El recurrente, en su primer motivo, considera que su comportamiento no fue doloso sino imprudente y lo fundamenta en tres documentos concretos, que invoca como error *facti*: a) El contenido de las conversaciones

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

mantenidas por escrito entre el acusado y su esposa, que la policía extrajo del contenido de su teléfono móvil; b) La hoja histórico penal del acusado y c) El informe médico de parte, dictaminado por los doctores Víctor y Victorio.

Señalan que tales documentos no son literosuficientes y no sirven para dejar sin efecto los dictámenes forenses oficiales.

La sentencia de instancia reconoce que por las sacudidas propinadas a su hijo por el acusado, aquel sufrió graves lesiones lo que produjo al bebé "un riesgo vital crítico", por lo que hubo de ser inmediatamente ingresado en el hospital, y tras ser dado de alta hospitalaria, se declaró igualmente probado que actualmente sufre una lesión y ha sufrido una lesión y diversas crisis epilépticas que han causado un deterioro neurológico que, si bien no permite pronosticar con certeza en qué deficiencias se va a materializar, sí le ha producido lesiones neurológicas y un riesgo moderado- severo de afectación a su capacidad motora, cognitiva y conductual, por tanto, la violencia del zarandeo tuvo que ser brutal pues le produjo un patente "riesgo vital" y resulta de los hechos probados que tomó el cuerpo del menor "y lo zarandeó enérgicamente", sin ninguna causa justificativa que explicara ese comportamiento, lo que nos lleva a considerar tal acción como una agresión al menor que pudo haber fallecido como consecuencia de ese zarandeo que es una agresión sin explicación sobre porque se sacudió violentamente al menor sin razón terapéutica como que se hubiera atragantado.

Consideran que no hay lugar para la imprudencia, que suele ir unida a la negligencia, como sería una caída fortuita del bebé, o una acción con finalidad arriesgada con un resultado imprudente con previsión, sino que el acusado debió representarse la posibilidad de causar graves lesiones o la muerte al bebé.

Dado que es un hecho probado que la cabeza del menor es su punto más frágil, estando acreditado que el bebé tenía solo once días de vida, cualquier acto violento comprometería seriamente la vida del recién nacido, conocido para cualquiera, ya que la naturaleza impone un deber más intenso de protección sobre los hijos incompatible con cualquier clase de imprudencia, con representación o sin ella, por tanto, quien así actúa con tal zarandeo al bebé debe representarse necesariamente que puede producir la muerte del mismo, y si tal representación se produce y el agente continúa con tal acción, su atribución a título de culpabilidad, lo es en dolo eventual, el autor no es ya que no quiera el resultado, es que le es indiferente que se produzca o no y no puede mantenerse que confíe en que no se producirá el resultado.

Refieren que las conclusiones probatorias de la sentencia de primer grado, confirmada en el segundo grado jurisdiccional, era la más adecuada al violento trato recibido por el menor, pues el acusado actuó de la forma expresada "pese a conocer y representarse que, dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones", el acusado tuvo que representarse la alta probabilidad de causar lesiones al

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

bebé si lo zarandeaba bruscamente cuando éste no sostenía aun su cabeza, porque era un recién nacido de once días de vida y al menos por ser padre de otro hijo, conocía perfectamente la fragilidad física del bebé en este periodo de la vida.

El Tribunal sentenciador llegó a la conclusión de que el acusado actuó movido por dolo eventual, alcanzó su conclusión fáctica a partir de cuatro elementos probatorios esenciales, el tiempo de vida del bebé de once días a la fecha de los hechos; que el acusado no era padre primerizo; que antes del nacimiento y en discusiones con su pareja, le había dirigido mensajes en los que lamentaba que fueran a tener un hijo y le decía que ojalá que el feto naciera muerto y d) que el acusado había sido condenado anteriormente por maltrato habitual a su pareja.

La jurisprudencia del TS señala que el concepto normativo de dolo parte del conocimiento de que la conducta que realiza el agente pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, como en este caso constaba, el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y la decisión del autor está vinculada a dicho resultado[9].

Las mismas sentencias citadas en la sentencia de la mayoría estiman que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca, y fue partir de la sentencia de 23-4-1992 (relativa al caso del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") que el TS viene aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, con primacía del elemento intelectivo o cognoscitivo sobre el volitivo, el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

El sujeto que conoce que con su conducta genera un grave riesgo para el bien jurídico protegido, está obligado a no ejecutarla y a no someter los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que se muestren como no controlables[10].

Señalan los magistrados disidentes de la mayoría, que entre el dolo eventual y la culpa consciente hay una base coincidente: advertir la posibilidad del resultado y no querer el mismo pero en la imprudencia con culpa consciente existe algún elemento de donde poder deducir que el agente podría confiar en que no se iba a producir el resultado por su pericia, o la inidoneidad de los medios para causarlo, lo que no ocurre en este

[9] STS de 1 de diciembre de 2004.

[10] STS 1180/2010, de 22 de diciembre; y 384/2012, de 4 de mayo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

caso por lo que no puede existir culpa con previsión, y aquí se concluía que "pese a conocer y representarse que, dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones" como ocurrió.

Concluyen en el Voto particular, que el conocimiento de la fragilidad de un bebé o de un niño de muy corta edad, es en sí mismo suficiente para representarse la alta probabilidad de que un zarandeo o violenta sacudida pueda generarle graves lesiones, sin que pueda confiar en otro resultado que el que es naturalmente predicable de su acción.

VI. CONCLUSIONES

La sentencia analizada al resolver el recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resulta de especial relevancia por el tratamiento exhaustivo de tres cuestiones nucleares del Derecho penal y procesal penal:

1º. La vía casacional del error en la apreciación de la prueba documental del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal;

2º. La delimitación conceptual y práctica entre el dolo eventual y la culpa consciente; y

3º. La valoración probatoria necesaria para afirmar la concurrencia del dolo eventual en delitos de lesiones causadas a bebés o menores de muy corta edad.

La sentencia adquiere mayor interés doctrinal por la existencia de un extenso voto particular suscrito por los magistrados D. Julián Sánchez Melgar y D.ª Susana Polo García, quienes discrepan frontalmente de la calificación de los hechos como imprudentes y defienden la corrección de la condena por dolo eventual.

La sentencia de instancia declaró probado que el acusado actuó pese a conocer y representarse que, dada la fragilidad del recién nacido, era altamente probable que le causara importantes lesiones, como ocurrió, pues el bebé presentó síntomas graves que motivaron su ingreso hospitalario, detectándose lesiones cerebrales compatibles con el denominado “síndrome del bebé sacudido”.

El recurrente alegó error de hecho en la apreciación de la prueba documental, apoyándose en tres documentos, las conversaciones de WhatsApp mantenidas con su pareja durante el embarazo; su hoja histórico-penal y un informe pericial médico aportado por la defensa.

El Tribunal Supremo recuerda la doctrina consolidada sobre los estrictos requisitos del artículo 849.2 LECrim, la prueba debe ser documental, literosuficiente, no contradicha por otras pruebas y con virtualidad para modificar el fallo y concluye que ninguno de los documentos invocados acredita de forma directa y autónoma el grado de representación del riesgo por parte del acusado.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Pero en realidad, el motivo encubría una queja por insuficiencia de prueba de cargo para afirmar el dolo eventual y el Tribunal Supremo analiza detalladamente la base probatoria que llevó a la condena por dolo eventual, reconoce que está plenamente acreditada la existencia de las lesiones, su etiología (síndrome del bebé sacudido) y que fue el acusado quien realizó el zarandeo y centra el debate en la calificación subjetiva de la conducta.

En relación con los delitos cometidos contra bebés, el Tribunal señala que el conocimiento genérico de la fragilidad de un recién nacido no es suficiente, por sí solo, para afirmar la concurrencia del dolo eventual sino que es necesario valorar otros elementos que permitan inferir el grado de cognoscibilidad del riesgo y la percepción de la probabilidad del resultado por parte del autor, y aunque considera que la edad del bebé evidencia su fragilidad, no basta para inferir la representación de una alta probabilidad de lesiones graves, tampoco el hecho de no ser padre primerizo añade un plus relevante y que los mensajes de WhatsApp y los antecedentes penales pueden servir para valorar el carácter o el elemento volitivo, pero no permiten deducir la previsión concreta del riesgo lesivo.

Además, el Tribunal destaca importantes lagunas probatorias: no se sabe cuántas sacudidas hubo, con qué intensidad, si se sostuvo la cabeza del bebé, cuál es el umbral médico del riesgo ni el significado de la ausencia de lesiones cervicales, lo que impide afirmar, más allá de toda duda razonable, que el acusado se representara la alta probabilidad del resultado y lo aceptara.

Concluye que afirmar el dolo eventual sobre la base exclusiva del resultado lesivo conduciría a una forma de responsabilidad objetiva, incompatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, anula la condena por lesiones dolosas con dolo eventual y dicta segunda sentencia condenando a Benigno como autor de un delito de lesiones graves por imprudencia grave.

Los magistrados D. Julián Sánchez Melgar y D.ª Susana Polo García discrepan de la decisión mayoritaria y sostienen que el violento zarandeo a un bebé de once días de vida implica necesariamente la representación de la alta probabilidad de causar lesiones graves o incluso la muerte, siendo irrelevante la ausencia de intención directa, defienden una concepción normativa del dolo eventual, quien conoce que su conducta genera un riesgo grave jurídicamente desaprobado y actúa incurre en dolo eventual, el conocimiento de la extrema fragilidad del recién nacido basta para afirmar la aceptación del riesgo, sin que pueda hablarse de confianza racional en la no producción del resultado y apoyan su postura en abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre casos de violencia contra menores y consideran que la recalificación como imprudencia vacía injustificadamente el espacio del dolo eventual en este tipo de conductas.

Por ello, la sentencia analizada tiene relevancia en la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente en delitos de lesiones a menores, apostando la mayoría de la Sala por una interpretación restrictiva del dolo

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

eventual, exigente en términos probatorios, para evitar derivaciones hacia la responsabilidad objetiva pero el voto particular defiende una concepción más normativa y rigurosa del deber de protección reforzada respecto de los recién nacidos.

En conclusión, el fallo refleja la complejidad de la frontera entre dolo e imprudencia y la trascendencia que tiene la valoración del elemento subjetivo del injusto en delitos con resultados especialmente graves y confirma la posibilidad de las diferentes valoraciones jurídicamente defendibles.

VII. JURISPRUDENCIA

STS 20999/1992, de 23 de abril de 1992.

STS 1177/1995, de 24 de noviembre de 1995.

STS 1531/2001, de 31 de julio de 2001.

STS 2144/2002 de 19 de diciembre de 2002.

STS 388/2004, de 25 de marzo de 2004.

STS de 1 de diciembre de 2004.

STS 172/2008, de 30 de abril de 2008.

STS 716/2009, de 2 de julio de 2009.

STS 1180/2010, de 22 de diciembre de 2010.

STS 384/2012, de 4 de mayo de 2012.

STS 546/2012, de 25 de junio de 2012.

STS 913/2012, de 14 de noviembre de 2012.

STS 474/2013, de 24 de mayo de 2013.

STS 36/2014, de 29 de enero de 2014.

STS 870/2014, de 18 de diciembre de 2014.

STS 54/2015, de 28 de enero de 2015.

STS 366/2020, de 2 de julio de 2020.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. COMENTARIO DE LA SENTENCIA, SALA 2ª TS, nº 193/2024 de 29/02/2024

M.ª Cristina García Carballo

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Profesora Asociada. Facultad Ciencias Jurídicas Y Sociales Toledo (UCLM)

SUMARIO: *I. Introducción. II. Relato de hechos de la sentencia recurrida. III. Iter procesal. IV. Motivos alegados por la defensa para el recurso de casación. V. Cuestión Jurídica. VI. Jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea VII. Decisión*

I. INTRODUCCIÓN

En la STS 193/2024, de 29 de febrero, se formula Recurso de casación al amparo del art. 849.2 LECrim, por Infracción de ley, indebida aplicación del art. 270.1 CP[1], en relación con el art. 10.1 e)[2] del RDL 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Se interpone recurso de casación por la acusación particular *Abasic*, SA, contra la sentencia dictada en fecha 8 de febrero de 2022 por la Secc. 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que estimó el recurso de apelación interpuesto por D. Daniel, y la mercantil *Aly&Alexi*, S.L, contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2021 dictada en el Procedimiento Abreviado seguido al número 249/2019 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valencia, por la que fue condenado D. Daniel, como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 CP, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16 meses con cuota diaria de 8 euros, con la responsabilidad civil subsidiaria de *Aly&Alexi*, S.L, debiendo indemnizar a la sociedad Abasic S.L, en la cantidad de 155.963,42 €, cantidad que devengará el interés legal correspondiente.

[1] Artículo 297.1 CP: "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, un obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios".

[2] Artículo 10.1 e) del RDL 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro comprendiéndose entre ellas: e) las esculturas y las obras de pinturas, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas".

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

II. RELATO DE HECHOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado nº 2 de Quart de Poblet, tramitó Procedimiento Abreviado núm. 428/2017 por un delito contra la propiedad intelectual, contra D. Daniel y la entidad Ali&Alex, S.L, como consecuencia de una inspección policial en el establecimiento de los investigados, donde se intervinieron en total Tres mil setecientos cuarenta y seis (3.746) bolsos, imitación de los diseños originales, con referencias de la empresa Desigual de las colecciones primavera-verano y otoño-invierno que constan en actuaciones, siendo constatada su registro en el Registro de la Propiedad Intelectual[3].

El Juzgado de lo Penal nº 3 de Valencia, en el Procedimiento Abreviado nº 249/2019, dictó Sentencia en fecha 9 de diciembre de 2021, que contiene los siguientes hechos probados: "Resulta probado que en mayo de 2017, Daniel, era administrador único de la mercantil Aly & Alex, S.L, con objeto social "el comercio al por mayor de prendas de vestir y calzado y a través del establecimiento que gestionaba denominado Gianluca Bolsos, sito el avenida de la Cova nº 31-33 del Polígono Industrial La Cova de Manises, comercializaba bolsos que reproducían de forma no autorizada los estampados protegidos que constituyen creaciones artísticas de la marca registrada "Desigual", siendo titular de los derechos de explotación de propiedad intelectual de las creaciones artísticas originales que configuran los diseños la mercantil *Abasic* S.L.

III. ITER PROCESAL

El Juzgado de lo Penal Nº 3 de Valencia, condenó al acusado Daniel, como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16 meses con cuota diaria de 8 euros. Así mismo, fue condenado a indemnizar, con la responsabilidad civil subsidiaria de *Ali&Alex*, S.L, a la sociedad Abasic S.L, en la cantidad de 155.963,42 euros, cantidad que devengará el interés legal.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa del acusado, que fue resuelto por la sentencia 60/2022, 8 de febrero, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia , que absolvió al acusado del delito por el que venía siendo acusado.

Formalizado recurso de casación por la acusación particular, al amparo del art. 849.1 de la LECr[4], en el que se denuncia infracción de ley, indebida inaplicación del *art.* 270.1 del CP en relación con el artículo 10.1. e) del

[3] Dicha comercialización ilícita de los 3.746 bolsos imitación de los diseños originales ha reportado un perjuicio económico a la mercantil ABASIC SL de 155.963,43 €, cantidad reclamada por la referida mercantil.

[4] Artículo 849.1º LECrim: "Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, Ley de Propiedad Intelectual).

La cuestión jurídica que dilucidar será determinar si la comercialización no autorizada de productos que incorporen obras plásticas inscritas por un tercero en el Registro de la Propiedad Intelectual que se han aplicado a un producto útil (en este caso, a bolsos) es una conducta enmarcable dentro del delito contemplado en el art. 270 del CP, o, si, por el contrario, dicha conducta no puede tipificarse con arreglo a este precepto.

La cuestión suscitada es verdaderamente controvertida, hasta el punto de que, como se razona en el desarrollo del motivo, las distintas Audiencias Provinciales -incluso distintas Secciones de una misma Audiencia- vienen ofreciendo respuestas contradictorias.

IV. MOTIVOS ALEGADOS POR LA DEFENSA PARA EL RECURSO DE CASACIÓN

Razona la defensa, que es constatable una línea interpretativa, seguida por la sentencia que es objeto del presente recurso, que entiende que el artículo 270 del CP protege a la obra artística considerada como una individualidad y no la utilización de esta por un tercero como parte de un producto destinado a la explotación comercial, por ejemplo, un bolso o un monedero. De ahí que, supuestos como el que nos ocupa, deben quedar extramuros de la protección penal.

Frente a este criterio, no faltan otros pronunciamientos jurisdiccionales que defienden que el acto consistente en comercializar productos que incorporen obras plásticas de terceros sí es subsumible en el ámbito objetivo del *art.* 270 del CP, aunque esas obras plásticas se hayan aplicado a un producto útil. Es más, esta última línea argumental -que en resumen se centra en otorgar protección por derechos de autor a las obras plásticas aplicadas a productos útiles, como productos textiles- también ha sido seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el conocido *caso Cofemel*[5].

La sentencia recurrida fundamenta la absolución del acusado Daniel, con apoyo de la doctrina dictada por distintas Audiencias, conforme a la cual "(...) el objeto de protección del delito del art. 270 CP es la obra artística considerada como individualidad, no la utilización de esta como parte de un producto destinado a su explotación comercial como individualidad distinta y en el que la obra artística puede insertarse como elemento diferenciador o identificativo. En consecuencia, al igual que la conclusión que alcanzan en las resoluciones aludidas, con la exposición al público para su venta de los productos intervenidos no se estaba

dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal".

[5] Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

llevando a cabo la explotación económica de la obra artística, sino la venta de unos objetos de similares características a los comercializados por una marca".

Con cita de los arts. 270 del CP y 10.1.e) de la Ley de Propiedad Intelectual, sostiene el recurrente que "(...) parece incuestionable que dentro del ámbito de protección de las obras a las que se refiere el artículo 270 CP deben entenderse incluidas las obras plásticas aplicadas a un producto. Es decir, la conclusión de la Sentencia que ahora se recurre (y la seguida por las distintas Sentencias citadas en la misma), referida a que una obra cuando se aplica a un producto para su comercialización "pierde su individualidad", y por tanto su reproducción por un tercero no autorizado, no entraría dentro del ámbito de protección del *artículo* 270 es totalmente errónea y colisiona frontalmente con la literalidad de lo dispuesto en el artículo 270 CP".

El artículo 270 del CP castiga a quien "con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios".

El art. 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que son "objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...". Y el apartado e) de ese mismo artículo incluye en la enumeración *ad* exemplum que incorpora: "las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas".

V. CUESTIÓN JURÍDICA

El acto consistente en comercializar productos que incorporen obras plásticas de terceros, ¿es subsumible en el ámbito objetivo del art. 270 CP? La comercialización no autorizada de una obra plástica estaría comprendida en el ámbito de protección que el art. 270 del CP otorga al creador de toda *obra* artística. Entendiendo por obras plásticas, aquella que se incorporan a un producto que después se comercializa enriqueciendo su atractivo comercial, y, por tanto, su valor económico. La comercialización no autorizada de una obra plástica estaría comprendida en el ámbito de protección que el art. 270 del CP otorga al creador de toda obra artística. El ámbito de tipicidad que describe el art. 270.1 del CP impide considerar ajenos a la protección penal aquellos casos en los que la obra plástica protegida registralmente va más allá de la finalidad estética de su simple contemplación visual y se reproduce e incorpora a un objeto útil que incrementa mediante la imitación su valor económico. El art. 273.3 del CP también protege la exclusividad en la explotación de los dibujos

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

industriales o artísticos. Pero, en todo caso, el art. 3.2 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que "los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con los otros derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra[6].

VI. JURISPRUDENCIA EMANADA DEL TJUE

La Sentencia del TJUE de fecha 27 de enero de 2011[7], tiene por objeto la interpretación de los artículos 17 y 19 de la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998 , sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos. Hay que subrayar la respuesta del TJUE cuando afirma que es contraria a la Directiva 98/71 la normativa de un Estado miembro que excluya la protección mediante el derecho de autor a aquellos dibujos y modelos registrados en un Estado miembro cuando cumplan todos los requisitos exigidos para gozar de tal protección.

La Sentencia del TJUE de fecha 12 de septiembre de 2019[8], que dio respuesta a la cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Supremo de Portugal, en el conflicto *Cofemel* y *G.Star Raw CV*.

La respuesta que ofrece el TJUE subraya la necesidad de no extender más allá de lo indispensable la protección jurídica a creaciones que sólo aportan un efecto visual valorable desde una perspectiva estética.

Y así lo entiende también la Sala, al señalar que una desmedida extensión de la tutela jurídica que confiere un derecho excluyente a su creador implica el riesgo de convertir el art. 10.1 e) de nuestra Ley de Propiedad Intelectual en un auténtico cajón de sastre que habilitaría solicitar protección por derechos de autor frente a creaciones que sólo aportan un efecto visual propio desde el punto de vista estético.

La propia expresión "todo tipo de objetos personales" que emplea aquel precepto revela una clara voluntad legislativa de *numerus apertus.*

A la vista de la jurisprudencia emanada del TJUE, y conforme al relato de hechos probados señalados por el Juez de lo Penal "los imitativos estampados de la firma Desigual adheridos a los bolsos distribuidos por los acusados iban mucho más allá de unos simples objetos destinados a una finalidad práctica y limitados en su

---

6 Concepto de obra a efectos 271 del CP; cuando se trate un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su autor. Por otra parte, la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual. A la concurrencia de una originalidad creativa ha de añadirse la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad.

7 Sentencia TJUE de fecha 27 de enero de 2011, dictada a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Milán en el marco del litigio entre Flos Spa y Semerano Casa e Famiglia.

8 Considera contrario al ámbito de protección que dispensa el art. 2.1.i) de la Directiva 2001/29/CE , relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, una normativa nacional "...que confiera protección con arreglo a los derechos de autor a modelos como los modelos de prendas de vestir controvertidos en el litigio principal, en atención a que, más allá de su finalidad práctica, generan un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético".

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

diseño a generar un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético. Se trataba, por el contrario, de obras artísticas que reunían todas las condiciones exigidas para la protección penal de la creatividad intelectual, contando a su favor con la correspondiente inscripción del Registro de Propiedad Intelectual.

La vulneración de su exclusiva singularidad está expuesta y razonada en la resolución dictada en la instancia: "... expuesto el resultado de los tres informes periciales, ratificados y explicados en el acto del juicio, y observadas las fotografías y piezas de convicción, se concluye, de conformidad con lo expuesto en los tres primeros dictámenes, que en los bolsos intervenidos se reproducían total o parcialmente los diseños de Desigual de las colecciones registradas. (...) Y el hecho de que no se trate de una copia exacta no desvirtúa esta conclusión. Es obvio que existe alguna modificación en cuanto al color y tamaño, y es obvio que pueden utilizarse rosetones, mandalas y manchas de pintura como decoración en cualquier producto, pero en concreto estas manchas, rosetones o mandalas tienen tantas coincidencias que determinan que sean una copia del diseño registrado, tal y como se determina en los tres primeros informes periciales antes referidos, siendo de destacar el informe emitido por la Policía Científica, por su indiscutible objetividad y que coincide plenamente con el elaborado tanto por las representantes del departamento jurídico de protección y defensa de marca y producto del grupo de empresas Desigual como con el elaborado por Dª Nieves. Por lo tanto, tal y como se desprende de los referidos informes periciales, el número de coincidencias existente en los estampados permite afirmar que existe un plagio, en los términos jurisprudencialmente exigidos".

VII. DECISIÓN

Por consiguiente, no existen razones que justifiquen la exclusión protectora que el art. 270.1 del CP dispensa a la obra artística de la que pueda predicarse su genuina autenticidad y originalidad creativa y que, por supuesto, vaya más allá de un valor sólo atribuido a partir de la percepción subjetiva de quien la contempla.

Y se estima el recurso, declarando la nulidad de la resolución recurrida, con el establecimiento de la vigencia de la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal, siendo los hechos plenamente subsumibles en el ámbito de protección dispensado por el art. 270 del Código Penal.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO

Alfonso Martín Palomino

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *I. Las medidas limitativas de derechos fundamentales. II. El principio de proporcionalidad y la motivación judicial. III. La entrada en lugar cerrado. IV. Requisitos y ejecución de la diligencia de entrada. V. La diligencia de registro y los registros especiales. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

1. La investigación penal y la restricción de derechos fundamentales

La investigación penal moderna se caracteriza por un progresivo incremento de las facultades de injerencia del Estado en ámbitos jurídicos especialmente protegidos. La necesidad de combatir fenómenos delictivos complejos - criminalidad organizada, delitos tecnológicos o delincuencia transnacional - ha impulsado la utilización de diligencias de investigación que inciden directamente sobre derechos fundamentales, desplazando buena parte del debate garantista a la fase de instrucción.

Entre estas diligencias, la entrada en domicilio o lugar cerrado ocupa una posición central por su especial intensidad lesiva. No se trata únicamente de un acto de obtención de prueba, sino de una medida que comporta una afectación directa del ámbito espacial constitucionalmente protegido del individuo, cuya legitimidad exige una justificación reforzada desde la perspectiva constitucional. Esta afectación se ve intensificada cuando la diligencia se articula mediante instrumentos tecnológicos que permiten captar información sin una presencia física perceptible.

La doctrina ha puesto de relieve que estas nuevas formas de investigación amplían el espectro de derechos comprometidos, pues *con estas nuevas intromisiones sobre el ámbito domiciliario se incide, junto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio y los derechos constitucionales que la fundamentan en el caso de las personas físicas y jurídicas, sobre el derecho a la protección de datos personales y, en su caso, sobre el derecho a la propia imagen*[1]. Ello obliga a reconceptualizar la investigación penal como un espacio estructuralmente tensionado entre eficacia persecutoria y tutela reforzada de derechos fundamentales.

[1] *María José Cabezudo Bajo, El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados*, UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 15 (enero de 2026), p. 74.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2. Marco constitucional y supranacional de protección

El marco constitucional español establece límites claros a la actuación investigadora cuando esta incide sobre derechos fundamentales. El artículo 18.2 CE consagra la inviolabilidad del domicilio como una garantía autónoma, condicionando cualquier entrada o registro a la concurrencia de consentimiento del titular, resolución judicial motivada o situación de flagrante delito, tal y como señala Insúa Jurado[2]. Esta previsión no constituye una regla meramente formal, sino un auténtico límite material al ejercicio del poder punitivo.

No obstante, la jurisprudencia tradicional ha tendido a concebir la inviolabilidad del domicilio como un derecho de carácter instrumental al servicio del derecho a la intimidad. Esta concepción ha provocado respuestas no siempre homogéneas respecto de determinados espacios y, especialmente, frente a nuevas formas de injerencia derivadas del uso de tecnologías de control o vigilancia. Frente a este enfoque funcional, una parte significativa de la doctrina sostiene una interpretación autónoma de la inviolabilidad domiciliaria, entendida como la protección jurídica del espacio físico en cuanto tal, con independencia de su uso concreto o de la intensidad de la vida privada que en él se desarrolle.

En esta línea, se ha afirmado que *la inviolabilidad del espacio físico queda asegurada al margen de la naturaleza del lugar - pública o privada -, o su cualidad de abierto o atrancado*[3], planteamiento que conecta con las exigencias derivadas del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde esta perspectiva supranacional, toda injerencia intensa en derechos fundamentales requiere previsión legal clara, control judicial previo y una ponderación estricta de proporcionalidad, criterios que deben presidir la adopción de medidas limitativas en la investigación penal.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

1. El principio de proporcionalidad como criterio rector de las medidas de injerencia

El principio de proporcionalidad constituye el eje vertebrador de toda medida de injerencia en derechos fundamentales acordada en el seno del proceso penal. Su función no se limita a operar como un canon abstracto de control, sino que actúa como un verdadero criterio rector que condiciona la legitimidad material de la diligencia desde el momento mismo de su adopción. En el ámbito de la entrada y registro, este principio adquiere una especial relevancia por la intensidad de la afectación que la medida proyecta sobre la esfera personal del investigado.

---

[2] *Rubén Insúa Jurado*, *La entrada y registro en domicilio o lugar cerrado*, Legal Today, 15 de abril de 2021, sobre los supuestos de entrada y registro en domicilio.

[3] *Cristina Zoco Zabala*, *El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, p. 304.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Desde esta perspectiva, la proporcionalidad exige que la diligencia resulte idónea para el fin perseguido, necesaria por no existir otra medida menos gravosa y equilibrada en sentido estricto, de modo que el sacrificio del derecho fundamental no resulte excesivo en relación con el interés público protegido. La ausencia de una ponderación real y concreta de estos elementos convierte la medida en constitucionalmente ilegítima, con independencia de que exista una habilitación legal genérica para su adopción.

Esta exigencia se proyecta también sobre la valoración ex post de la diligencia practicada, en tanto que una desproporción apreciable puede determinar la nulidad de la actuación y de las pruebas obtenidas. Como se ha señalado desde una perspectiva práctica, *la insuficiencia de motivación de este auto de entrada y registro puede ser motivo de impugnación de la validez de dicha actuación […] pudiendo, en su caso, provocar la nulidad del acta de entrada y registro y, si este fuera el caso, la nulidad de las pruebas encontradas en dicha actuación*[4], lo que pone de relieve la centralidad del principio de proporcionalidad como parámetro de validez constitucional.

2. Legalidad, jurisdiccionalidad y necesidad de la medida

Junto al principio de proporcionalidad, la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal se encuentra condicionada por la concurrencia cumulativa de los principios de legalidad, jurisdiccionalidad y necesidad. La legalidad exige que la medida esté prevista en una norma con rango de ley, de forma clara y precisa; la jurisdiccionalidad impone que, como regla general, sea acordada mediante resolución judicial motivada; y la necesidad obliga a justificar que la injerencia resulta imprescindible para la investigación del delito.

En el ámbito específico de la entrada y registro, estos principios se proyectan de manera particularmente intensa. La resolución judicial no puede limitarse a reproducir fórmulas estereotipadas ni a invocar genéricamente la existencia de indicios, sino que debe explicitar las razones concretas que hacen necesaria la medida en el caso específico, descartando de forma razonada la viabilidad de alternativas menos lesivas para los derechos fundamentales afectados.

La jurisprudencia y la doctrina práctica han insistido en que la falta de concurrencia real de estos presupuestos convierte la diligencia en inválida desde su origen. En particular, se ha advertido del riesgo de una aplicación expansiva e irreflexiva de los supuestos habilitantes, subrayando que *una infracción administrativa […] nunca puede ser el pretexto que fundamente la violabilidad de un precepto como el del art. 18.2 CE*[5]. Esta afirmación

[4] *Rubén Insúa Jurado*, *La entrada y registro en domicilio o lugar cerrado*, Legal Today, 15 de abril de 2021.
[5] *Rubén Insúa Jurado*, *La entrada y registro en domicilio o lugar cerrado*, Legal Today, 15 de abril de 2021.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

pone de relieve que la necesidad de la medida debe anclarse siempre en razones jurídicas penales y no en meras consideraciones de oportunidad o eficacia administrativa.

III. LA ENTRADA EN LUGAR CERRADO

1. Concepto, naturaleza jurídica y finalidad de la diligencia

La diligencia de entrada en lugar cerrado constituye una actuación de investigación penal que permite el acceso de los poderes públicos a un espacio físicamente delimitado y jurídicamente protegido, con la finalidad de comprobar hechos relevantes para la investigación de un delito y asegurar fuentes de prueba. No se trata de un acto neutro o meramente instrumental, sino de una medida de injerencia directa en el ámbito espacial del individuo, lo que determina su sometimiento a exigencias constitucionales reforzadas.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la entrada no se identifica necesariamente con el registro. Aunque ambas diligencias suelen articularse de manera conjunta en la práctica forense, la entrada opera como presupuesto lógico y jurídico del registro, siendo posible conceptualmente una entrada sin registro posterior. Esta distinción resulta relevante a efectos de determinar el alcance de la autorización judicial y de las garantías exigibles en cada fase de la actuación.

La jurisprudencia constitucional[6] ha reiterado esta concepción autónoma de la entrada al señalar que lo protegido por el artículo 18.2 CE es el acceso mismo al espacio inviolable. Así lo recuerda Zoco Zabala al afirmar que la inviolabilidad se proyecta sobre la entrada en el espacio físico, con independencia de las actuaciones posteriores que puedan desarrollarse una vez autorizado el acceso: *El Tribunal Constitucional ha señalado que, una vez dictada la resolución judicial, la forma en que la entrada y registro se practique, las incidencias que puedan producirse o los excesos o defectos en que incurran quienes llevan esto a cabo, no afecta a la inviolabilidad del domicilio (STC 219/2006)*[7].

2. Competencia judicial, consentimiento y supuestos excepcionales de entrada sin autorización

Como regla general, la competencia para autorizar la entrada en lugar cerrado corresponde a la autoridad judicial, en virtud del monopolio jurisdiccional que el artículo 18.2 CE establece para la adopción de medidas que limitan derechos fundamentales. Esta exigencia se satisface mediante una resolución judicial motivada, dictada a partir de indicios racionales de criminalidad y con sujeción al principio de proporcionalidad.

Excepcionalmente, el ordenamiento admite la entrada sin autorización judicial cuando concurre el consentimiento válido del titular del espacio o una situación de flagrante delito. En ambos supuestos, la

6 STC, Sala Primera, n.º 219/2006, de 3 de julio, ECLI:ES:TC:2006:219.

7 *Cristina Zoco Zabala*, *El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, p. 314.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

jurisprudencia ha exigido una interpretación estricta, evitando lecturas expansivas que vacíen de contenido la garantía constitucional. El consentimiento debe ser libre, expreso y prestado por quien ostente efectivamente la disponibilidad del espacio, mientras que la flagrancia requiere una conexión temporal inmediata con la comisión del delito.

En este punto, resulta especialmente ilustrativo el texto de Zoco Zabala, donde se subraya que la entrada sin autorización judicial solo es constitucionalmente legítima cuando concurren de manera efectiva los presupuestos habilitantes, sin que quepa suplantar la exigencia de control judicial por apreciaciones policiales de mera oportunidad[8].

3. Objeto material de la diligencia y concepto constitucional de domicilio

El objeto material de la diligencia de entrada viene determinado por el concepto constitucional de domicilio, que no se identifica necesariamente con la vivienda habitual ni con un espacio destinado de forma permanente a la habitación. La jurisprudencia ha optado por un concepto funcional, atendiendo a la existencia de un ámbito en el que el individuo desarrolla su vida privada con expectativa razonable de exclusión de terceros.

No obstante, esta concepción funcional ha generado soluciones oscilantes respecto de determinados espacios - garajes, trasteros, locales profesionales o dependencias anexas -, en los que no siempre resulta evidente la concurrencia de vida íntima o privada. Esta indeterminación ha tenido consecuencias relevantes en la práctica, especialmente en relación con el uso de medios tecnológicos de captación de imágenes o sonidos en espacios de acceso restringido.

La **STC 92/2023**[9], ampliamente analizada por Zoco Zabala, constituye un hito reciente en esta materia, al reconocer la protección constitucional de un garaje comunitario cerrado desde la perspectiva del artículo 18.1 CE, aun evitando pronunciarse expresamente sobre su condición de domicilio ex artículo 18.2 CE. En la citada sentencia, *la decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional concluye que la captación y grabación de imágenes vulnera la vida íntima o privada en el espacio físico que la cobija. El voto particular determina que lo vulnerado es la imagen, no la intimidad en el garaje, arguyendo con base en su habitual uso y destino - vida pública -*[10].

Esta sentencia pone de relieve las tensiones existentes en la delimitación del objeto material de la diligencia de entrada y la necesidad de una clarificación normativa y jurisprudencial del concepto constitucional de domicilio.

---

8 *Cristina Zoco Zabala, El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, p. 312 y 313.

9 STC, Sala Segunda, n.º 92/2023, de 11 de septiembre, ECLI:ES:TC:2023:92.

10 *Cristina Zoco Zabala, El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, p. 316.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

IV. REQUISITOS Y EJECUCIÓN DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA

1. Requisitos formales del auto judicial de entrada

El auto judicial que autoriza la entrada en lugar cerrado constituye el presupuesto indispensable de legitimación constitucional de la diligencia, en tanto que materializa el control jurisdiccional previo exigido por el artículo 18.2 CE. Su función no se limita a habilitar el acceso físico al espacio protegido, sino que delimita el alcance, finalidad y condiciones en las que la injerencia puede llevarse a cabo, siendo exigible una motivación suficiente, concreta y razonada.

Desde el punto de vista formal, la resolución judicial debe identificar con precisión el lugar objeto de la entrada, expresar los indicios racionales que justifican la medida y exteriorizar las razones por las que la diligencia resulta necesaria e idónea para la investigación penal. La falta de concreción o la utilización de fórmulas estereotipadas no solo empobrece la motivación exigible, sino que, como ya se ha dicho, puede comprometer la validez constitucional de la diligencia y de las pruebas que de ella se deriven.

Junto a la autorización de la entrada propiamente dicha, el auto judicial puede y debe prever medidas accesorias destinadas a garantizar la eficacia de la diligencia. En este sentido, Zoco Zabala recuerda, en relación con el **artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, que *desde el momento en que el órgano judicial acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro*[11], poniendo de manifiesto que la motivación judicial se proyecta también sobre estas actuaciones preparatorias.

Ahora bien, como precisa la citada autora, la ley permite medidas de seguridad y vigilancia externa desde el momento en que el juez autoriza la entrada, con la finalidad de evitar la fuga del investigado o la desaparición de pruebas, pero **no ampara el acceso anticipado al domicilio sin mandamiento judicial**. Así lo ha reiterado el Tribunal Supremo[12], al afirmar que se permite merodear o vigilar el edificio, pero no franquear el umbral del domicilio antes de la efectiva autorización judicial, reforzando así la distinción entre vigilancia externa legítima y entrada material constitucionalmente prohibida.

2. Tiempo, forma y garantías en la ejecución de la diligencia

La ejecución de la diligencia de entrada en lugar cerrado debe desarrollarse respetando estrictamente las condiciones temporales y formales establecidas en la resolución judicial y en la legislación procesal penal.

---

11 *Cristina Zoco Zabala*, *Delitos contra la inviolabilidad del domicilio*, Universidad Pública de Navarra, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC-24.34 (2022), p. 19.

12 STS, Sala de lo Penal, n.º 272/2021, de 24 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:1157.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Como regla general, la entrada ha de practicarse en horario diurno, salvo autorización expresa para su realización en horas nocturnas, debiendo garantizarse en todo caso la menor perturbación posible del ámbito personal y familiar del afectado.

Asimismo, la práctica de la diligencia exige la observancia de garantías específicas, entre las que destacan la presencia del interesado o de persona que le represente, la documentación íntegra de la actuación y la limitación de la intervención policial a los fines estrictamente autorizados. Cualquier extralimitación en la ejecución —ya sea por exceso material, temporal o funcional— puede comprometer la validez constitucional de la diligencia, aun cuando el auto judicial de entrada sea formalmente correcto.

En esta línea, la ejecución de la diligencia debe permanecer estrictamente dentro del marco habilitado por la resolución judicial, pues cualquier actuación que se lleve a cabo al margen de dicha cobertura compromete la validez constitucional de la intervención. Así lo pone de relieve Zoco Zabala al advertir que determinadas actuaciones realizadas tras el acceso al espacio físico pueden constituir una lesión autónoma de derechos fundamentales cuando se practican *prescindiendo absolutamente de cualquier procedimiento idóneo*[13], dando lugar a una nulidad radical de la actuación. Esta afirmación permite afirmar que la orden judicial de entrada no ampara actuaciones ejecutivas que no estén previstas o justificadas en la resolución habilitante, ni legitima una intervención policial desvinculada de los límites funcionales y procedimentales que fundamentaron la autorización judicial.

V. LA DILIGENCIA DE REGISTRO Y LOS REGISTROS ESPECIALES

1. Concepto, finalidad y garantías del registro domiciliario

El registro domiciliario constituye una diligencia de investigación distinta y conceptualmente posterior a la entrada, cuya finalidad es la localización y aprehensión de instrumentos, efectos o fuentes de prueba relacionados con el delito investigado. Mientras que la entrada legitima el acceso físico al espacio protegido, el registro habilita una actividad de inspección activa sobre su contenido, lo que determina un plus de intensidad en la injerencia sobre los derechos fundamentales del afectado.

Desde el punto de vista constitucional, el registro no puede concebirse como una actuación implícita o automática derivada de la entrada, sino que requiere una cobertura jurídica específica, bien integrada en el propio auto judicial o expresamente delimitada en cuanto a su objeto, alcance y finalidad. De ahí que las garantías asociadas al registro - presencia del interesado, documentación exhaustiva, respeto al principio de proporcionalidad - resulten esenciales para preservar su validez constitucional y procesal.

[13] *Cristina Zoco Zabala, El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, pie de página 31.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Esta diferenciación entre la entrada y el registro ha sido subrayada de forma expresa por Zoco Zabala, al afirmar que la garantía de inviolabilidad del espacio físico del artículo 18.2 CE *protege, recordémoslo, la entrada, no el registro ni actividades tecnológicas instrumentales de investigaciones delictivas - presumibles o efectivas - relacionadas con personas sospechosas*[14], poniendo de relieve que el control constitucional se proyecta de manera específica sobre el acceso al espacio físico, sin que ello suponga una habilitación automática para actuaciones ulteriores de inspección o aprehensión. Esta precisión refuerza la necesidad de delimitar con claridad el alcance del registro domiciliario y de someterlo a garantías propias y diferenciadas, evitando que se diluya su régimen jurídico bajo la cobertura genérica de la autorización de entrada, con el consiguiente riesgo para la validez constitucional de la prueba obtenida.

2. Registros especiales y registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

La progresiva digitalización de la actividad humana ha obligado a replantear el alcance tradicional del registro domiciliario, incorporando nuevas modalidades de registro referidas a dispositivos electrónicos y sistemas de almacenamiento masivo de información. Estos registros no se limitan al espacio físico en el que se encuentran los dispositivos, sino que afectan al contenido informacional almacenado, ampliando de forma significativa la intensidad de la injerencia en los derechos fundamentales.

En este contexto, la jurisprudencia y la doctrina han subrayado que el registro de dispositivos electrónicos no puede quedar subsumido sin más en la autorización genérica de entrada y registro domiciliario, sino que exige una habilitación judicial específica, motivada y diferenciada. La razón de esta exigencia reside en la especial capacidad de estos dispositivos para concentrar datos relativos a la vida personal, profesional y relacional del investigado, así como de terceros ajenos al procedimiento.

Esta idea aparece desarrollada con claridad por Zoco Zabala, al afirmar que *la resolución judicial de entrada en el espacio físico [...] no habilita las medidas de investigación tecnológica relacionadas con personas sospechosas por más que se incluyan en la misma resolución judicial de entrada*[15], poniendo de relieve que la cobertura constitucional del artículo 18.2 CE se agota en el acceso al espacio físico y no se extiende automáticamente al análisis del contenido digital de los dispositivos incautados. En coherencia con ello, la autora recuerda - con apoyo en la regulación procesal penal del **artículo 588 sexies a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** - que el registro de ordenadores, teléfonos móviles u otros dispositivos de almacenamiento masivo *también requiere autorización judicial*[16], incluso cuando dichos dispositivos hayan sido incautados en el domicilio del

[14] *Cristina Zoco Zabala, El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre*), Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, p. 311.

[15] *Cristina Zoco Zabala, El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, p. 314.

[16] *Cristina Zoco Zabala, El espacio físico —público o privado— puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 132, septiembre-diciembre 2024, pie de página 34.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

investigado o fuera de él, lo que exige una resolución judicial específica que delimite de manera expresa el alcance y la finalidad de la medida.

VI. CONCLUSIONES

1. La entrada y registro como medida de injerencia de especial intensidad en derechos fundamentales

La entrada y registro en lugar cerrado se configura como una de las diligencias de investigación más intensamente invasivas del proceso penal, en la medida en que proyecta sus efectos directamente sobre el ámbito espacial constitucionalmente protegido del individuo. No se trata únicamente de una actuación instrumental orientada a la obtención de prueba, sino de una injerencia cualificada que afecta de manera inmediata a la esfera de libertad personal, a la autodeterminación espacial y a la expectativa legítima de exclusión frente a terceros, lo que explica la exigencia de garantías reforzadas para su adopción y ejecución.

Esta especial intensidad obliga a concebir la diligencia de entrada y registro como una excepción estrictamente delimitada al principio general de inviolabilidad del domicilio y de los espacios jurídicamente protegidos. Su legitimidad no puede descansar en criterios de conveniencia investigadora ni en razones genéricas de eficacia, sino en la concurrencia real y verificable de presupuestos constitucionales y legales que justifiquen la necesidad de sacrificar, de forma limitada y controlada, derechos fundamentales de primer orden.

2. Centralidad del principio de proporcionalidad y de la motivación judicial reforzada

El principio de proporcionalidad se erige como el verdadero eje estructural que articula la validez constitucional de la entrada y registro, operando no solo como criterio abstracto de control, sino como un parámetro operativo que condiciona cada fase de la medida. La idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto deben concurrir de forma acumulativa y concreta, proyectándose tanto sobre la decisión de autorizar la diligencia como sobre la delimitación de su alcance, duración y modo de ejecución.

En este contexto, la motivación judicial adquiere un papel central e insustituible. No basta con una habilitación formal o con la reproducción de fórmulas estereotipadas, sino que resulta imprescindible una justificación individualizada que permita comprender las razones por las que la medida es constitucionalmente admisible en el caso concreto. La motivación reforzada cumple así una doble función: garantiza el control jurisdiccional efectivo de la injerencia y permite, en un momento ulterior, verificar la corrección constitucional de la actuación desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

3. Consecuencias procesales de las irregularidades en la práctica de la diligencia

Las irregularidades en la adopción o ejecución de la diligencia de entrada y registro no constituyen meros defectos formales, sino que pueden tener consecuencias procesales de especial gravedad cuando afectan a garantías constitucionales esenciales. La ausencia de autorización judicial válida, la falta de motivación suficiente o la extralimitación en la ejecución de la medida comprometen la legitimidad de la injerencia y erosionan el equilibrio entre potestad investigadora y protección de derechos fundamentales.

Desde una perspectiva procesal, tales irregularidades pueden determinar la nulidad de la diligencia y de las pruebas obtenidas como consecuencia directa de la misma, con impacto inmediato sobre la validez del material probatorio y, en su caso, sobre el propio resultado del proceso penal. Ello pone de manifiesto que el respeto escrupuloso de las garantías constitucionales no solo constituye una exigencia teórica del Estado de Derecho, sino una condición práctica imprescindible para la eficacia y legitimidad de la persecución penal en una democracia constitucional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

STC, Sala Primera, n.º 219/2006, de 3 de julio, ECLI:ES:TC:2006:219.

STC, Sala Segunda, n.º 92/2023, de 11 de septiembre, ECLI:ES:TC:2023:92.

STS, Sala de lo Penal, n.º 272/2021, de 24 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:1157.

Doctrina

CABEZUDO RODRÍGUEZ, MARÍA JOSÉ. *El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados*. UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 15 (enero de 2026).

INSÚA JURADO, RUBÉN. *La entrada y registro en domicilio o lugar cerrado*. Legal Today, 15 de abril de 2021.

ZOCO ZABALA, CRISTINA. *¿Delitos contra la inviolabilidad del domicilio? Un análisis desde el objeto y contenido del artículo 18.2 CE*. Universidad Pública de Navarra, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 24-34, 2022.

ZOCO ZABALA, CRISTINA. *El espacio físico - público o privado - puede ser inviolable (a propósito de la STC 92/2023, de 11 de septiembre)*. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 132, septiembre-diciembre 2024.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

LA PRUEBA INDICIARIA Y EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (STS, Sala 2ª, 17/2026 de 15 de enero)

Encarnación Martínez Rodríguez

Doctora en Derecho. Profesora de Universidad. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía Superior de Andalucía

SUMARIO: *I. Introducción. II. Hechos. III. Motivos del recurso de casación. IV. Planteamiento del Tribunal Supremo en la STS 17/2026, de 15 de enero. V. Conclusiones. VI. Jurisprudencia y Legislación*

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 17/2026, de 15 de enero, hace un repaso de lo necesario para la validez de la prueba indiciaria[1] y su capacidad para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. El Tribunal Supremo al analizar la sentencia recurrida en casación, en la que se condenaba al recurrente en casación por un delito continuado de malversación de caudales públicos, pone de manifiesto que la condena basada en hechos indiciarios cuando los mismos han quedado plenamente probados, no infringe el art. 24 de la Constitución, o sea, no vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Según el Tribunal Constitucional la prueba indiciaria plantea el problema de determinar si con ella se vulnera o no el derecho a la presunción de inocencia, es decir, debe considerarse si existe con la prueba por indicios verdadera prueba procesal, con las debidas garantías, que pueda considerarse «de cargo». El alto Tribunal exige que la sentencia exprese, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo lugar, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.

Pasemos a ver si se cumplen dichos parámetros en la sentencia que analizamos.

II. HECHOS

La **STS 17/2026, de 15 de enero**, resuelve el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley núm. 5551/2023 interpuesto por D. Gonzalo contra la sentencia nº 199/2023 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Rollo de Jurado 108/2023 de fecha 22

[1] La prueba indiciaria, según el Tribunal Constitucional, aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios), que no son los constitutivos de delito, pero de los que se pueden inferir estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de mayo de 2023, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 613/2022 de fecha 28 de noviembre de 2022 dictada por el Tribunal del Jurado núm. 1651/2021 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 30, en la que se condenaba al recurrente en casación por un delito continuado de malversación de caudales públicos, y que se pone de manifiesto la validez de la condena basada únicamente en hechos indiciarios cuando los mismos han quedado plenamente probados.

1. El Juzgado de Instrucción nº 6 de Valdemoro instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1684/2014 por un delito de malversación contra Gonzalo, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la **Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 30, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado (Rollo núm. 1651/2021) dictó sentencia** en fecha 28 de noviembre de 2022 la cual contiene los siguientes hechos probados: El Jurado ha declarado probado en su veredicto los siguientes hechos:

Primero: El ayuntamiento de Valdemoro, mediante Decreto de Alcaldía 2103/2012, de 1-6-12, aprobó la apertura de una Caja de Efectivo (restringida de recaudación) vinculada la Concejalía de Hacienda y situada en dependencias del Área Económica, sita en la calle Guardia Civil, 25, asignándole el ordinal de Tesorería, n° 3.

Segundo: En ese mismo Decreto se nombró Cajero Habilitado al aquí acusado Gonzalo, con DNI NUM000, nacido el NUM001-75, carente de antecedentes penales, el cual era responsable del manejo y custodia de los fondos depositados en la Caja.

Tercero: Entre los meses de septiembre de 2013 y febrero de 2014 el acusado, en su condición de Cajero y, aprovechando el pago que diversos vecinos realizaban en metálico de tasas municipales, impuestos y todo tipo de servicios, con intención de obtener beneficio económico, distrajo parte de dicho dinero, no ingresándolo en la cuenta bancaria perteneciente al Ayuntamiento, destinándolo, por el contrario, a usos de naturaleza particular que no han podido ser esclarecidos.

Cuarto: Del análisis de los diferentes Libros de Caja se ha podido determinar la cuantía sustraída por el acusado en la cantidad de 8.974,28 €.

Quinto: La causa ha estado paralizado por causas no imputables al acusado entre el 17-10-15 y 22-5-18[2].

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, condenó a Gonzalo como autor responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de un año y once meses de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para el ejercicio de la condición de funcionario durante dos años y costas. Y a que indemnice al Ayuntamiento de Valdemoro en 8.974,28 euros, con los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del acusado Gonzalo, dictándose por **la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

[2] SAP de Madrid, Sección núm. nº 30, de 28 de noviembre de 2022, dictada por el Tribunal del Jurado núm. 1651/2021.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

sentencia con fecha de 22 de mayo de 2023, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la resolución recurrida.[3] Contra dicha sentencia la representación procesal de Gonzalo interpuso recurso de casación.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurrente alega **dos motivos** de casación:

1º. Por infracción de Ley por error de hecho error *facti*, error en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2º. Al amparo del artículo 852 de la LECr, en su relación con el artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que proclama el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva e Interdicción de la Indefensión y por vulneración del Derecho a la Presunción de Inocencia.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de casación presentado de contrario, interesa la inadmisión a trámite de este, y subsidiariamente su desestimación.

En relación con los motivos de casación alegados Sala Segunda del TS: Desestima los motivos alegados, con la argumentación que veremos a continuación.

IV. PLANTEAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA STS 17/2026, DE 15 DE ENERO

Aunque el recurso de casación se fundamenta en dos motivos, uno, al amparo del art. 849.2 de la LECr y otro, al amparo del art. 852 de la LECr, alegados por el recurrente, realmente vienen a combatir un único gravamen que es la lesión del derecho a la presunción de inocencia, considerando el recurrente que hay "incompletitud en el análisis del cuadro de prueba y una insuficiencia de los resultados que arroja este cuadro de prueba para fundamentar la condena".

Entiende el recurrente que se ha prescindido de tomar en cuenta el testimonio del tesorero y de la limpiadora de la oficina municipal que afirmaron en el acto del juicio que el despacho del dinero, donde se encontraba el dinero, quedó abierto. Añade que, no se ha valorado el hecho, también acreditado, de que varios de los funcionarios del Ayuntamiento conocían donde se guardaba el dinero. Además, insiste el recurrente en que no existe evidencia física de que él se llevara el dinero. Así mismo, cuestiona el proceso inferencial en la medida en que la propia sentencia reconoce que no ha quedado acreditado tan siquiera que el recurrente supiera con antelación a interponer la denuncia del robo que se iba a realizar una inspección contable, y esto según afirma el recurrente neutraliza la relación de causa y efecto entre la denuncia y la ilegítima apropiación que se

[3] STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de mayo de 2023 (Rollo Jurado 108/2023).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

pretende trazar en la sentencia recurrida. Considera el recurrente que los resultados que ofrece la prueba practicada arrojan zonas de sombra que generan una duda razonable lo que obliga a su absolución en la instancia casacional[4].

El Tribunal Supremo, antes de abordar los motivos de casación alegados, hace unas precisiones sobre el alcance de su intervención revisora: la primera, que habiéndose sustanciado recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, el control por la vía del recurso de casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de apelación, y que comprende la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba; la segunda, que la casación actúa como una tercera instancia de revisión muy limitada que ha de proteger el núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizado, y ello no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio, pues esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al Tribunal de instancia y, por vía de recurso de apelación devolutivo, al Tribunal Superior; la tercera, que por vía de recurso de casación se ha de controlar que, tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan a reglas de producción y metodológicas y, a cánones basados en la racionalidad[5].

Afirma el Tribunal Supremo que cuando de lo que se trata es de revisar los fundamentos probatorios de la decisión adoptada por el Tribunal del Jurado, como es el caso de la sentencia que analizamos, la restricción casacional es mayor.

La Sala de lo Penal, en relación con el motivo de casación alegado por el recurrente de "incompletitud valorativa" afirma que es cierto cuando se trata de sentencias condenatorias la atribución de fuerza acreditativa a las informaciones aportadas por los testigos o los peritos, reclama no solo identificar los criterios de atendibilidad y fiabilidad que concurren en aquellos, sino también explicitar las razones por las que se descarta el testimonio de los otros testigos o de los peritos que depusieron en el plenario y que niegan el hecho de la acusación. Esto solo puede hacerse identificando y analizando el cuadro probatorio completo; y en los supuestos en los que se han producido informaciones probatorias contradictorias se ha de explicar por qué se opta por una determinada información en detrimento de la otra, pues la ausencia de explicación sí puede afectar al nivel de motivación exigible[6].

Considera la Sala, al analizar el motivo de casación alegado por el recurrente, en el que éste afirma que no se ha atribuido valor probatorio alguno al no ser valoradas testificales practicadas, que lo que realmente pretende

4 STS, Sala 2ª, núm. 17/2026, de 15 de enero (Rc 5551/2023), p. 3.
5 STS, Sala 2ª, núm. 17/2026, de 15 de enero (Rc 5551/2023), p. 3.
6 STS, Sala 2ª, núm. 17/2026, de 15 de enero (Rc 5551/2023), p. 3-4.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

el recurrente es atribuir a las informaciones probatorias el alcance valorativo que quiere atribuirle que es que terceros pudieron sustraer el dinero depositado en el despacho del tesorero.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo afirma que, la "prueba del hecho nuclear" se construye sobre la base de una sólida cadena de "indicios", y que el Tribunal del Jurado valoró detallada y racionalmente un significativo número de datos de prueba que le permitieron considerar acreditados los siguientes hechos indiciarios:

- Primero: el recurrente ostentaba, por nombramiento de la Alcaldía, el cargo de cajero del Ayuntamiento de Valdemoro, con acceso a la Caja de efectivo vinculada a la concejalía de Hacienda.
- Segundo: la prueba pericial contable identificó diferenciales entre el libro de caja y los arqueos realizados por el recurrente, arrojando un saldo final diferencial, a 24 de febrero de 2014, de 8.974,28 euros.
- Tercero: que durante el año 2013 se identificaron descuadres contables, reconociendo el recurrente a los responsables del Departamento de Intervención que tenía en custodia las cantidades resultantes que denominó cantidades adicionales en la caja no identificadas, si bien días después corrigió el libro de caja incluyendo un asiento correspondiente al pago de una tasa por parte del Circo Quirós por importe de 1080 euros.
- Cuarto: como manifestaron los testigos Sra. Gema y Sres. Luis Andrés y Miguel Ángel, el viernes previo al lunes en que el recurrente denunció un robo en las dependencias municipales donde se encontraba la caja de efectivo, los responsables municipales decidieron hacer una revisión de todas las cajas y cuentas de la Corporación a consecuencia, precisamente, de los descuadres detectados.
- Quinto: que durante el periodo de vacaciones que disfrutó el recurrente entre los días 2 a 9 de enero de 2014, el montante de la caja de efectivo ascendía solo a 1.047,86 euros, tal como declaró la funcionaria que le sustituyó, la Sra. Nieves; y ese dato contrasta con la cantidad consignada en el arqueo realizado por el recurrente en fecha 31 de diciembre de 2013 donde figuraba la cantidad de 4.650,96 euros.
- Sexto: con motivo de la denuncia formulada por el recurrente el 24 de febrero de 2014, y tal como se decanta de la información probatoria aportada por los agentes de la Guardia Civil, se realizó una detallada inspección ocular de las dependencias municipales descartándose todo indicio del robo denunciado. Y además en el interior del despacho del Tesorero, en el armario donde se encontraba la caja de efectivo, se localizaron 1.737,49 euros. Circunstancia que priva de toda verosimilitud a la explicación ofrecida por el recurrente de que en el armario custodiaba una importante cantidad de dinero correspondiente a ingresos no identificados. Llámese la atención, también, que el recurrente afirmó que dichos ingresos los tenía anotados en documentos propios que, sin embargo, no aportó[7].

En consecuencia, la Sala afirma que, la lógica interacción, el ajuste recíproco entre los anteriores hechos indiciarios que han quedado plenamente acreditados permite construir sólidos puentes inferenciales que

[7] STS, Sala 2ª, núm. 17/2026, de 15 de enero (Rc 5551/2023), p. 4.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

conducen al hecho indiciado: la participación criminal del recurrente en los hechos que han sido objeto de acusación[8].

La Sala de lo Penal afirma que, existe una altísima correspondencia ilativa entre los indicios anteriores, que han sido tomados en cuenta, sin que se haya constatado la existencia de ningún contraindicio que mínimamente alteren la anterior afirmación, pues no es suficiente el hecho de que el recurrente afirme que terceros pudieron sustraer una cantidad de dinero cuya preexistencia en la llamada caja de metálico no ha quedado mínimamente acreditada.

Dicho lo anterior, la Sala de lo Penal considera que no ha habido lesión del derecho a la presunción de inocencia.

Por todo lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo **desestimó el recurso de casación** planteado contra la sentencia de 22 de mayo de 2023 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, condenando al recurrente al pago de las costas judiciales.

V. CONCLUSIONES

1º. La prueba indiciaria tiene capacidad para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

2º. La condena basada en hechos indiciarios cuando los mismos han quedado plenamente probados no vulnera el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución.

3º. En el caso planteado, la "prueba del hecho" se construye sobre la base de una sólida cadena de "indicios", o sea, los hechos indiciarios concurrentes en el caso planteado indicados anteriormente que han quedado plenamente acreditados, el recíproco ajuste entre ellos, crean inferencias que conducen al hecho indiciado consistente en la participación criminal del recurrente en los hechos que han sido objeto de acusación.

VI. JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

SAP de Madrid, Sección núm. nº 30, de 28 de noviembre de 2022, dictada por el Tribunal del Jurado núm. 1651/2021.

STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de mayo de 2023 (Rollo Jurado 108/2023).

STS, Sala 2ª, núm. 17/2026, de 15 de enero (Rc 5551/2023).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[8] STS, Sala 2ª, núm. 17/2026, de 15 de enero (Rc 5551/2023), p. 5.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

FALSIFICACIÓN DOCUMENTO OFICIAL *VERSUS* FALSIFICACIÓN DOCUMENTO PRIVADO

Míriam Sala Boixader

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *I . Introducción. II. El delito de Falsedad Documental. III. Sentencia Tribunal Supremo nº. 535/2023 de 3 de julio. Roj STS 3089/2023. IV. Atenuante reparación del daño cualificada o muy cualificada art. 21.7 Código Penal. V. Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

Las falsedades se encuentran previstas en el Titulo XVIII titulado *De las Falsedades* de nuestro Código Penal. Este título se divide en un capítulo primero el cual versa sobre la falsificación de moneda y efectos timbrados. Un capítulo segundo el cual versa sobre las falsedades documentales, el cual a su vez se divide en una sección 1ª de la falsificación de documentos públicos, oficiales, y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación (art. 390 a 394 CP), y que diferencia las conductas en que el sujeto activo se trata de una autoridad o funcionario público o bien responsable de una confesión religiosa o bien un particular. Una sección segunda dedicada a la falsificación de documentos privados, una sección 3ª de la falsificación de certificados y, una sección cuarta dedicada a la falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo.

Por último el presente título comprende un capítulo tercero que incluye disposiciones generales, es decir, disposiciones comunes aplicables a algunas de las anteriores falsedades documentales.

El bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental se trata de la confianza de la que en el tráfico jurídico gozan ciertos objetos como medios de prueba de la realidad a la que se refieren, o bien la confianza en la autenticidad del documento y en la veracidad de su contenido probatorio.

El bien jurídico protegido es la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas[1].

[1] Sentencia pleno Tribunal Supremo 84/2024 de 26 enero.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

II. EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL

En relación con el delito de falsedad documental el Juzgado de lo penal nº 6 de Barcelona a través de Sentencia nº 233/2021 de 14 de mayo condenó a un trabajador de una mercantil al haber remitido vía correo electrónico a su empleadora incorporando éste una fotografía de un comunicado médico de incapacidad temporal de la seguridad social para justificar la ausencia a su puesto de trabajo un día concreto. Previamente, con el propósito de faltar a la verdad había alterado dicho documento, modificando las fechas de alta y baja y de expedición que figuraban en el mismo, tratándose éste de un parte de baja de fecha anterior. El trabajador acusado modificó el parte de baja de fecha anterior indicando como fecha de expedición y de baja y alta fecha distinta y correspondiente al día que faltó a su puesto de trabajo. Una vez recibido la empresa lo remitió telemáticamente al INSS, siendo rechazado por dicho organismo, pero antes del rechazo la empresa procedió al pago al trabajador del salario correspondiente a dicho día de baja laboral al desconocer la mendacidad del documento y la ausencia injustificada de su trabajador.

El Juzgado de lo penal condenó al trabajador como autor de un delito de falsedad en documento oficial del art. 392 en relación con el art. 390.1.1º.2º. y 3º del Código Penal con la aplicación de la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 Código Penal a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de multa de 6 meses con una cuota diaria de 6€ y responsabilidad personal subsidiaria prevista para caso de impago del art. 53 Código Penal y, condena en costas.

Además, condenó al trabajador a indemnizar a la empresa por los perjuicios causados más los intereses legales del art. 576 LEC.

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo penal fue recurrida en apelación por el condenado. La Ilma. Audiencia provincial de Barcelona secc. 3ª sts nº 422/2021 de 16 septiembre, aceptó los hechos probados de la sentencia apelada y desestimó íntegramente el recurso de apelación y confirmó en su integridad la sentencia recurrida.

III. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 535/2023 DE 3 DE JULIO. ROJ STS 3089/2023

1º. La Sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo nº 535/2023 de 3 de julio resuelve el recurso de casación planteado contra la anterior sentencia, y con carácter previo a la resolución de los motivos de fondo del recurso de casación, la sala establece una serie de consideraciones de doctrina general y, todo ello a los efectos de apreciar aquello que será objeto del recurso de casación.

- Establece las siguientes consideraciones y se refiere para ello a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 357/2020 de 30 de junio: Tras la reforma de la LECr operada por la Ley 41/2015 de 5 de octubre, se ampliaron los límites del recurso extraordinario de casación y, se permite a la Sala la

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

posibilidad de unificar la interpretación de preceptos penales que no estaban siendo aplicados por las Audiencias provinciales con carácter uniforme.

- El recurso de casación cuando se interpone contra sentencia dictada en segunda instancia , comporta ello que ya se ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la primera instancia y, por tanto debe ser aceptado el relato de hechos probados proclamado en dicha primera instancia y, el incumplimiento de este punto de partida opera como causa de inadmisión o en su caso causa de desestimación (art. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECr[2]) .
- La vía casacional que habilita el art. 849.1 de la LECr sólo permite discutir el acierto o desacierto del juicio de subsunción, no el sostén probatorio que a esa tipicidad ofrece el relato de hechos probados.
- Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016 de unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la LECr 2015 en el ámbito del recurso de casación e interpretación del art. 847.1 letra b) , recurso de casación por infracción de ley contra sentencia dictadas por la Audiencia provincial y la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional dispone:
  - Las sentencias dictadas por las Audiencias provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número 1 del art. 849 LECr, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen en base a los art. 849.2º (error en la apreciación de la prueba), art. 850, 851 (quebrantamiento de forma) y 852 (infracción precepto constitucional) de la LECr.
  - Los recursos de casación articulados por el art. 849.1º LECr (infracción de ley) deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) debiendo ser inadmitidos los recursos de casación en los que se aleguen infracciones procesales o constitucionales sin perjuicio de que puedan invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de la norma penal sustantiva.
  - Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten o, efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos, pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECr).
  - Los recursos deberán tener interés casacional y , en caso contrario serán inadmitidos (art. 889.2º LECr).

[2] Estos preceptos establecen la base de la inadmisión del recurso de casación en el supuesto de que no se respeten los hechos que la sentencia declare como probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquellos salvo lo dispuesto en el nº 2 del art. 849 LECr, pudiendo de este modo inadmitir el recurso bien de forma total o bien de tan solo algunos de sus fundamentos.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

El recurso ostentará interés casacional cuando:

- Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.
- Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencia provinciales.
- Si aplican normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.
    - La providencia de inadmisión es irrecurrible (art. 892 LECr).

2º. La Sala partiendo de la base de los hechos probados que anteriormente han sido detallados y, haciendo referencia a la Sentencia del pleno nº 577/2020 de 4 de noviembre con cita a la sentencia nº 386/2014 de 22 de mayo, en relación al valor de las fotocopias en el delito de falsedad documental distingue distintos supuestos:

a) Las fotocopias de documentos son documentos, puesto que reflejan una idea que plasma el documento original, si bien la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo en el caso que la misma fuese autenticada. De este modo el texto reproducido en la fotocopia carece en principio, y por sí solo de aptitud para acreditar la existencia de una manipulación en el original que podría existir o no como tal[3].

b) Una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, publico o mercantil, no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que solo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado (STS 939/2009 de 18 septiembre).

c) La doctrina anterior es aplicable a los supuestos de falsedad material, es decir cuando la falsedad se lleva a efecto alterando el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial según art. 390.1.1º Código Penal[4].

d) En el supuesto del art. 390.1.2º Código Penal, y por tanto que la falsedad consista en simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad, lo relevante a los efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular , no la del medio utilizado para ello. Cuando se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un

[3] STS 25-6-2004.
[4] Falsedad material/falsedad ideológica Sentencia Tribunal Supremo 26-11-2024.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

documento y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular no la del medio empleado, puesto que lo que se falsifica no es la fotocopia (mero instrumento) sino el propio documento que se pretende simular[5].

En los casos en qué partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase no se trata de una fotocopia que se quiere hacer como que responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por uno original.

La Sala recuerda la Sentencia nº 183/2005 de 18 de febrero y la 1126/2011 de 2 de noviembre, en las que se dispone que la confección del documento falso con vocación de pasar por auténtico, puede efectuarse mediante técnicas diversas, como puede ser a título meramente enunciativo, no taxativo o cerrado, partiendo de soportes documentales auténticos, mediante confección por imprenta de soportes semejantes o mediante escaneado o digitalización. Medios que resultan indiferentes a los fines de apreciación de la falsedad, ninguna que el resultado induzca a error sobre su autenticidad.

3º. En cuanto al presente recurso de casación la Sala en cuanto a la fotografía remitida vía correo electrónico al empleador incorporando fotografía de un comunicado médico de incapacidad temporal de la seguridad social a los efectos de justificar su ausencia laboral y, habiendo previamente con el propósito de faltar a la verdad alterado dicho documento modificando las fechas de alta y baja y de expedición que figuraban en el mismo, tratándose de un parte de baja de fecha anterior, entiende que dicha conducta tendría encaje en el art. 395 Código Penal , puesto que ostenta naturaleza privada.

Concluye que la manipulación previa y material del documento original constituye una modalidad de conducta falsaria del art. 390.1.1º del Código Penal , pero que la conducta que el autor realizó fue una fotografía de la manipulación del documento oficial y la remitió posteriormente a su empleadora vía correo electrónico.

Por lo tanto dicha fotocopia/ fotografía no puede ser tenida como documento oficial a los efectos del art. 392 del Código Penal de conformidad con la anterior jurisprudencia y cita la STS 138/2022 de 16 de febrero que aborda el tema en idéntico sentido.

La Sala dispone que según la doctrina de este Tribunal Supremo para la existencia de la falsedad documental no basta con que se dé una conducta objetivamente típica de mutación de los contenidos documentados o de alteración de las condiciones de autenticidad. La falsedad documental además debe poner en riesgo los bienes

[5] Sentencia Tribunal Supremo nº 1126/2011 de 2 noviembre.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

o intereses protegidos por el delito de falsedad documental por lo que debería negarse su existencia cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo significativo de lesión[6].

Según Sentencia del pleno T. Supremo nº 84/2024 DE 26 enero ,el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental se trata de la confianza de la que en el tráfico jurídico gozan ciertos objetos como medios de prueba de la realidad a la que se refieren , o bien la confianza en la autenticidad del documento y en la veracidad de su contenido probatorio. El bien jurídico protegido es la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.

En el caso de autos considera que el documento fotografiado remitido no puede considerarse inocuo puesto que el mismo lesiona los intereses protegidos por el tipo penal ya que con su conducta provocó que por parte de la empresa fueran abonados indebidamente al trabajador 37'66€ por ese día de trabajo al desconocer la mendacidad del documento, y que la ausencia del puesto de trabajo del acusado era totalmente injustificada.

4º. A través de la nueva sentencia la Sala Condena al trabajador como autor de un delito de falsedad en documento privado previsto y penado en el art. 395 del Código Penal en relación con el art. 390.1.1º,2º y 3º del Código Penal con la concurrencia de la atenuante simple de reparación del daño. El art. 395 Código Penal prevé pena de prisión de 6 meses a 2 años y, al concurrir una atenuante , la pena a imponer de conformidad al art. 66.1.1º Código Penal, será en la mitad inferior, es decir, entre 6 a 15 meses de prisión y, fundamenta que siguiendo el criterio de la sentencia de instancia, le impone al recurrente la pena mínima legalmente prevista , es decir 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en tanto no se opongan a esta resolución.

IV. ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO CUALIFICADA O MUY CUALIFICADA ART. 21.5.7 DEL CÓDIGO PENAL

Según sentencia del Tribunal Supremo nº 122/2025 de 16 enero de 2025: La atenuante de reparación del daño del art. 21.5 Código Penal , está fundada en razones materiales de política criminal , respondiendo al objetivo de favorecer conductas que servirán para reparar el daño causado a la víctima o, al menos, disminuirlo, por considerarse que la protección de los intereses de las víctimas resulta de gran importancia para toda la comunidad[7].

6 Sentencia Tribunal Supremo nº 318/2017 de 1 febrero.

7 Sentencia Tribunal Supremo 536/2006 de 3 mayo, 809/2007 de 11 octubre o 50/2008 de 29 enero.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala, lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, logrando que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la disminución de los perjuicios mediante la realización de un *actus contrarius* en el que el acusado reconoce la infracción de la norma cometida y, de esta forma, busca compensar su irreprochabilidad[8], restableciendo los derechos del perjudicado a la situación anterior a la comisión del delito o mejorándole del padecimiento resultado de su actuación[9].

Para que sea considerada dicha atenuante como muy cualificada según Sentencia Tribunal Supremo de nº 454/2021 de 27 de mayo es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

- La intensidad atenuatoria se ha de revelar con especial consistencia fáctica, derivada de hechos, circunstancias o comportamiento que resalten un esfuerzo del acusado merecedor de la disminución de la pena.
- La degradación de la culpabilidad o antijuridicidad tiene que resultar del mismo modo especialmente intensa, es decir, que el esfuerzo realizado por el culpable ha de ser particularmente relevante.

El esfuerzo reparador es más cómodo para aquél que goza de una desahogada situación económica, que para quien se halla al borde de la indigencia. No es posible entender de modo sistemático que la reparación total del daño, provoque la calificación, pues de proceder así se llegaría a una objetivación inadmisible y contraria al fin preventivo de la pena, finalidad que resultaría burlada con una rebaja notoria de la punición legal.

Junto a tales consideraciones resulta oportuno hacer una matización al considerar de fundamental importancia atender a la naturaleza del delito y del bien jurídico protegido. Cuando nos hallamos ante delitos de naturaleza predominantemente personal el pago del "pretium doloris" no es suficiente en general para apreciar la atenuación como cualificada, porque afecta a bienes y valores íntimos y de carácter moral no evaluables en dinero, lo que no ocurre cuando se trata de delitos estrictamente patrimoniales, en los que una rápida y eficaz reparación puede eliminar en su totalidad el daño ocasionado por el delito.

V. CONCLUSIONES

En aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo no será posible considerar automáticamente la falsedad bien de una fotografía o bien de una fotocopia sin autenticación de un documento público, oficial o mercantil, el cual ha sido previamente manipulado, como falsedad en documento público, oficial o mercantil , es decir falsedad de la misma naturaleza del documento falsificado, y todo ello puesto que dicha fotocopia o fotografía

[8] Sentencia Tribunal Supremo 319/2009 de 23 marzo; 542/2005 de 29 abril.
[9] Sentencia Tribunal Supremo n 711/2021 de 21 septiembre.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

se considera un nuevo documento y, al no estar autenticada la fotografía o la fotocopia deberá ser considerada documento privado y, por tanto falsedad en documento privado, no siendo posible que dicha conducta punible tenga encaje en el art. 392 Código Penal, el cual trata de falsedades en documento público, oficial o mercantil, sino que tendrá encaje en el art. 395 Código Penal el cual castiga la falsedad en documento privado.

VI. JURISPRUDENCIA

Sentencia Tribunal Supremo nº 535/2023 de 3 julio de 2023.

Sentencia Tribunal Supremo nº 357/2020 de 30 junio.

Sentencia del pleno Tribunal Supremo n º577/2020 de 4 noviembre.

Sentencia Tribunal Supremo 84/2024 de 26 de enero.

Sentencia Tribunal Supremo nº 122/2025 de 16 de enero.

Sentencia Tribunal Supremo nº. 454/2021 de 27 de mayo.

Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016 de unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la LECr 2015 en el ámbito del recurso de casación.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

ANÁLISIS DE LA STS 887/2025, DE 29 DE OCTUBRE DE 2025, EN LO QUE CONCIERNE A UN ÚNICO DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y NO UN COMPORTAMIENTO DELICTIVO CONTINUADO

Montserrat Vilà Roura

Abogada no ejerciente

SUMARIO: *I. Introducción. II. Hechos probados. III. Iter procesal. IV. Motivos del recurso de casación. V. Resolución del recurso. VI. Conclusiones. VII. Legislación y jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

Analizamos la STS 887/2025 de 29 de octubre de 2025, sobre la continuidad delictiva y la unidad de acción referente al delito de apropiación indebida; no obstante, nos servirá como criterio para otros delitos. Nos recuerda los criterios jurisprudenciales para distinguir diferentes conceptos, como son: la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado.

Destaca que, partiendo del *factum*, el cual no puede ser modificado en casación, el recurrente solo realizó un acto de apropiación indebida, aunque la víctima del delito hubiera realizado varios actos de pago en la cuenta de este. Por consiguiente, no se puede apreciar la acción del condenado como delito continuado de apropiación indebida.

II. HECHOS PROBADOS

El acusado, Feliciano, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, era el único administrador y responsable de "Millor Dret Advocats S.L.P.", propietaria en pleno dominio de una plaza de aparcamiento gravada con una hipoteca de 22.068,48 euros.

En 2011, ante notario, el acusado en nombre de la empresa vendió la finca a la comunidad de propietarios por un precio de 28.000 euros. En dicho acto, la comunidad pagó 6.246 euros y se comprometió a abonar el resto, que ascendía a 21.754 euros en 60 cuotas mensuales de 362,56 euros, obligándose igualmente en el mismo documento el vendedor a destinar cada una de las mensualidades recibidas en la cuenta indicada al pago del principal de la hipoteca que afectaba a la propiedad, hasta su total cancelación.

La comunidad cumplió con su obligación hasta mayo de 2015, realizando el pago total de 17.040,32 euros. No obstante, Feliciano, con la intención de obtener un lucro ilícito, no destinó ese dinero al pago de la hipoteca, haciéndose suyo el dinero recibido, sin que la comunidad lo supiera. En abril de 2015, la comunidad fue notificada sobre un proceso de ejecución hipotecaria iniciado por Bankia, por el cual, esta requirió al acusado

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

que cumpliera con sus obligaciones o devolviese el dinero. A pesar de ello, Feliciano no hizo nada de lo que le habían solicitado.

Tres días antes del juicio, Feliciano depositó 22.600 euros en la cuenta de la comunidad, por lo que la comunidad ya no solicita ninguna responsabilidad civil.

III. ITER PROCESAL

El Juzgado de Instrucción n.º 2 de Barcelona incoó Diligencias Previas número 777/2016 contra Feliciano, que después fueron transformadas en Procedimiento Abreviado. Se remitió la causa al Juzgado de lo Penal n.º 9 de Barcelona, el cual en el Procedimiento Abreviado 90/2018, dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2022 condenando a Feliciano como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida del art. 253.1 en relación con el art. 74 del CP, apreciando la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del CP, a la pena de un año, nueve meses y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, además de las costas procesales, absolviéndolo de la responsabilidad civil.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación ante la AP de Barcelona, Sección Segunda, la cual en el rollo de apelación 264/22, en fecha 19 de enero de 2023, falló desestimando el recurso, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Penal.

Notificada la sentencia de apelación, fue recurrida en casación por la representación del condenado.

IV. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Los motivos del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación, son cuatro: todos ellos por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr, el primero en relación con el art. 851.1 y 851.3 del mismo cuerpo legal, el segundo relativo al art. 24.1 y 2 de la CE en relación con el 851.1 de la LECr, el tercero en lo que respecta a la aplicación indebida del art. 74 del CP y el último acerca de la inaplicación indebida del art. 21. 6 en relación con el 66.2 del CP.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del último motivo, peticionando la desestimación del resto.

Sin embargo, nos centraremos en el motivo de infracción de ley por indebida aplicación en relación con el delito continuado de apropiación indebida.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

V. RESOLUCIÓN DEL RECURSO

El TS menciona que el primero y segundo motivo del recurso son erróneos, ya que en el recurso de casación contra una sentencia de apelación dictada por una Audiencia Provincial solo se puede invocar el art. 849.1 de la LECr y no el art. 851.1 y 3 de la misma norma, y finalmente, los desestima. En relación con el cuarto motivo, estima la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, como atenuante simple, a la vista de que el procedimiento ha durado seis años solo en primera instancia, no siendo complejo. Además, recuerda los veinticinco criterios de la doctrina jurisprudencial del TS para apreciar dicha atenuante, ya sea como simple o cualificada.

Referente al motivo sobre el delito continuado de apropiación indebida, el cual entraremos a analizar detalladamente:

- El recurrente argumenta que, aunque haya múltiples actos que incorporan cantidades pactadas en concepto de compra con pago aplazado en su patrimonio, lo relevante es que el incumplimiento de este contrato no transforma la apropiación en un delito continuado.
- Se enfatiza que la distinción entre dolo civil y dolo penal no se basa simplemente en el incumplimiento contractual, sino que depende de cuándo la cantidad es considerada como propiedad del autor, estableciendo un punto de no retorno. La unidad natural de la acción debe ser considerada, dado que diferentes pagos no se equipararán a un comportamiento apropiador si hay una única acción tangible de apropiación.

El TS establece que, partiendo de los hechos probados, se desprende que la comunidad realizó varios pagos mensuales a la cuenta de la empresa administrada por el recurrente. Este último, con la intención de obtener un lucro ilícito, no destinó en ningún momento el dinero recibido al pago de la hipoteca y se hizo suyo el dinero recibido, sin saberlo la comunidad, es decir, mantuvo en la cuenta corriente el importe recibido que lo hizo suyo sin realizar varios actos apropiatorios de dinero que sí integrarían el delito de continuidad delictiva. En el presente caso, solo existe una única apropiación indebida, ya que no hay diferentes acciones en diferentes momentos temporales, sino una única acción, que es la de apropiarse del importe ingresado por la comunidad en pago del precio de la plaza de aparcamiento. En este supuesto, nos encontramos con que hay una apropiación del importe total de 17.040,32 euros, aunque haya varios abonos en una misma cuenta corriente a los que no les dio el destino, que era pagar la hipoteca, y un mismo concepto y una apropiación, ya que no consta en los hechos probados diversos actos de apropiación en distintos momentos temporales.

Recuerda la jurisprudencia del TS, que distingue diversos conceptos de unidad de acción para evitar confusiones en la adecuación de los actos delictivos a las tipologías penales, como son:

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La unidad de acción en sentido natural: cuando el autor del hecho ejecuta un único acto comprendido en una perspectiva meramente naturalística u ontológica (como dar un solo puñetazo)[1].

La unidad natural de acción: cuando, aunque ontológicamente existen diversos actos, desde un enfoque socio-normativo se interpretan como una única acción (dar una paliza, compuesta por varios puñetazos, que forma un único delito de lesiones). La jurisprudencia del TS utiliza la unidad natural de acción cuando las acciones que realiza un individuo muestran una unidad espacial y una conexión o cercanía temporal que, desde una perspectiva socio-normativa, permiten identificar un único hecho que se puede encuadrar en un solo tipo delictivo (particularmente en determinados delitos de falsedad documental y también contra la libertad sexual). El concepto normativo de acción se centra principalmente en la norma infringida y en el bien jurídico protegido. Por lo tanto, la acción queda consumada cuando se produce el resultado estipulado por el precepto, sin considerar cuáles son los hechos naturales (singulares o plurales) necesarios para que dicha infracción ocurra en la realidad. En síntesis, la ley penal no se centra exclusivamente en la naturalidad de las conductas, sino en sus elementos legales[2].

La unidad típica de acción: cuando la norma penal reúne o conecta múltiples actos o varias unidades naturales de acción en un solo tipo delictivo (tráfico de estupefacientes, delitos medioambientales y de intrusismo, entre otros). La unidad típica de acción ocurre cuando múltiples actos se agrupan como un único objeto de valoración jurídica por el tipo penal. Por lo tanto, diversos actos que, considerados de manera aislada, satisfacen las exigencias de un tipo de injusto son valorados por el derecho desde una perspectiva unitaria[3]. Siempre que el dolo del sujeto no haya sido renovado.

Es lo que la doctrina llama "tipos que abarcan conceptos globales", es decir, hechos múltiples que se agrupan en una sola figura delictiva, lo que lleva a considerar que diversas acciones punibles de contenido similar forman, no un delito continuado, sino una única infracción penal.

El delito continuado: consiste en un conjunto de varias unidades típicas de acción que, al presentarse ciertas condiciones objetivas y subjetivas previstas en el art. 74 del CP, se integran en una sola unidad jurídica de acción. Así, el delito continuado consiste en diversas acciones individuales que se agrupan en una unidad jurídica a la que se le impone una pena más severa en relación con el delito único que corresponde a la unidad típica de acción. Para ello, el legislador establece que las acciones se fundamenten en un plan preestablecido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, además de la consistencia en la infracción de la misma norma penal

1 STS 760/2003, de 23 de mayo, FJ 2º.
2 STS 601/2024, de 13 de junio, FJ 2º.
3 STS 213/2008, de 5 de mayo, FJ 2º.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

o de preceptos similares. Si dichas circunstancias no se dieran, luego las acciones deberían ser consideradas en un concurso real de delitos[4].

Para concluir, estima el motivo, ya que en el *factum* no consta que el recurrente se apropiara todos los meses de las cantidades ingresadas, sino que se apropió del importe ingresado que ascendía a 17.040,32 euros, por consiguiente, no se puede considerar el delito continuado de apropiación indebida. Distinto hubiera sido que en los hechos probados se confirmara que todos los meses destinaba el dinero recibido a otros fines; luego sí se daría el delito continuado.

Como consecuencia, suprime el delito continuado y aprecia la atenuante de dilaciones indebidas, bajando la pena de prisión confirmada en apelación de un año, nueve meses y un día a la de tres meses, manteniendo la pena accesoria de inhabilitación especial.

VI. CONCLUSIONES

1º. Es crucial que, en los hechos probados de la sentencia de primera instancia, quede constatado todo lo ocurrido referente al tipo penal objeto del fallo.

2º. La unidad de acción en sentido natural se refiere a la realización de un único acto, mientras que la unidad natural de acción se fundamenta en la relación entre varios actos, los cuales deben ser percibidos como una única acción desde el enfoque socionormativo, siempre que exista una conexión espacial y temporal cercana entre los diferentes actos.

3º. La unidad típica de acción abarca varios actos en un solo tipo penal, valorando legalmente como un único delito.

4º. El delito continuado consiste en varios actos tipificados en el mismo precepto o en uno de semejante naturaleza, los cuales se integran en una unidad jurídica al ser ejecutados con un mismo plan preconcebido o aprovechándose de idéntica ocasión, mereciendo una pena mayor por la intensidad del injusto subyacente, en comparación con quien comete una unidad de acción del tipo penal.

5º. Resaltar del concepto normativo de acción la importancia del precepto infringido y el bien jurídico afectado, para evitar confundir actos que, aunque tengan una conexión, constituyan delitos distintos en función de su naturaleza y el tipo penal correspondiente.

[4] STS 820/2005, de 23 de junio, FJ 4º.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

VII. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Constitución Española publicada el 29 de diciembre de 1978.

STS 760/2003, de 23 de mayo.

STS 601/2024, de 13 de junio.

STS 213/2008, de 5 de mayo.

STS 820/2005, de 23 de junio.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

Doctrina Penal

LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL, INSTRUMENTO INDISPENSABLE EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS

Noelia Ahijón de Haro

Letrada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

SUMARIO: *I. Introducción. II. Definición, elementos y modalidades. 1.- Definición. 2. Elementos y modalidades. a) La trata de seres humanos con fines de explotación sexual. c) Trata de seres humanos con fines de explotación laboral. c) Trata de seres humanos para otras formas de explotación. III. Regulación. IV. Cooperación internacional. V. Prevención de la trata de seres humanos. 1. Reducir la demanda que fomenta el delito 2. Enjuiciamientos y condenas para romper el modelo de negocio delictivo. 3. Identificación temprana, asistencia y protección para las víctimas. VI. Referencia a los datos registrados a nivel nacional y en especial a los relativos a la trata con fines de explotación sexual y la prostitución. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos es sin duda una lacra a nivel mundial y por ello, la cooperación internacional es un instrumento de carácter indispensable en la lucha para lograr su erradicación.

En palabras de Sánchez Álvarez[1] "la trata de seres humanos es conocida como la esclavitud del siglo XXI porque supone una forma intolerable de explotación del ser humano mediante su "cosificación", convirtiendo a las personas en mercancías, en productos que se pueden utilizar, alquilar o vender".

Mediante su ejercicio se produce un atentado contra los Derechos Humanos, vulnerando los derechos fundamentales y libertades de las víctimas al atentar contra su dignidad, libertad, su integridad física y psicológica e indemnidad sexual entre otros.

A nivel nacional, debe promoverse y concienciar a la ciudadanía de que al igual que sucede con los delitos de violencia sobre la mujer, debe existir un compromiso claro y contundente que contribuya a su erradicación, comenzando por parte de todos los operadores que intervienen en la lucha contra la trata contando con

[1] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Beatriz. Fiscal de Sala Coordinadora de Extranjería, Entrevista realizada en el Día Mundial contra la Trata de Seres Humanos, de 30 de julio 2022. Gabinete de Prensa. www.fiscal.es

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

formación específica, cualificación y sensibilización, dando así debido cumplimiento a las Directivas Comunitarias, las recomendaciones y directrices de la ONU.

II. DEFINICIÓN, ELEMENTOS Y MODALIDADES

1. Definición

La definición del concepto de trata de seres humanos de manera independiente no se produce hasta el año 2000, en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 (Protocolo de Palermo)[2] ya que, hasta ese momento se asociaba con prácticas tales como la facilitación de la migración irregular[3].

En el mencionado Tratado se define en su artículo 3 párrafo a) como la captación, el transporte, traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

2. Elementos y modalidades

A la vista de lo expuesto, la trata de seres humanos está conformada por tres elementos: acción, medios y fines para los que se lleva a cabo, siendo este último elemento el que nos revela las modalidades existentes.

La acción, se inicia con la **captación**, que supone reclutar a la víctima, atraerla para el propósito definido de controlar su voluntad para los fines de explotación[4].

Tras su captación se lleva a cabo el **traslado** desde el lugar de captación hacia el lugar de destino en el que se ejercerá la explotación, pudiendo ser sometidas a largos viajes en muchos casos en condiciones infrahumanas y como indica Fernando Gonzalo[5], supone un proceso de desarraigo de tal calado que suele conllevar la ruptura

[2] NACIONES UNIDAS (ONU), Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Nueva York 15 de noviembre de 2000.

[3] NACIONES UNIDAS (ONU), Oficina del Alto Comisionado. Los derechos humanos y la trata de personas. Folleto informativo nº 36 Nueva York y Ginebra, 2014, p. 2.

[4] NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de autoaprendizaje. Costa Rica, 2009, p. 9.

[5] FERNANDO GONZALO, E. "Marco jurídico internacional de la trata de personas. Especial mención al espacio regional europeo". Cuaderno Deusto de Derechos Humanos núm. 94, Deusto Digital, Bilbao. 2019.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de los vínculos de identidad, familiares y afectivos y con la confiscación de los documentos de viaje, destacando que este se llevaba a cabo cambiando a la persona de país o comunidad[6].

Sobre este particular, se debe hacer mención que no todo delito de trata de seres humanos se produce de forma transfronteriza, sino que puede darse a nivel nacional (trata interna) que encuadraríamos en el seno del término "transporte".

En cuanto a la **recepción o acogida,** se refiere al recibimiento de las víctimas, bien de forma temporal en un escondite para con posterioridad ser llevadas al destino final en que se materializará la explotación, o bien de forma permanente en ese lugar para comenzar con la actividad de explotación.

En todo caso, serán sancionables tanto las conductas de los receptores como las de aquellas personas que permitan la estancia de las víctimas de explotación en locales de su titularidad, para llevarla a cabo.

Por **medios** empleados para su ejecución tal y como se comprenden en el artículo 3 del Protocolo y artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa[7], son numerosos, tales como las amenazas, el uso de la fuerza u otras forma de coacción como el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad (tales como, situaciones de pobreza, cargas familiares, escaso nivel cultural) o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, como sucede por ejemplo en el caso de los matrimonios forzados o en el tráfico de órganos infantil.

De este modo, la utilización de este tipo de medios trae como consecuencia que de haber sido prestado el consentimiento por parte de la víctima, éste no se tiene en consideración, siendo invalidado.

Significar además que, dada su especial situación de vulnerabilidad, cuando el reclutamiento, la captación, transporte, traslado, acogida o recepción sea de niñas y niños con fines de explotación, se entenderá siempre que nos encontramos ante el supuesto de trata aun cuando los medios empleados no hubieran sido ilícitos y que, siendo menores de 18 años, nunca su consentimiento podrá ser tenido como prestado de forma válida.

En lo que se refiere a los **fines de explotación**: partiendo de lo enunciado considerar la existencia de varias modalidades atendiendo al fin que se pretende alcanzar y por el que se realiza la acción de captación, traslado, acogida o recepción, y que como mínimo comprende:

a) Explotación sexual

b) Trabajos o servicios forzosos.

---

6 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de autoaprendizaje. Costa Rica, 2009, p. 17.

7 Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa,) hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, p. 3.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

c) Esclavitud o prácticas análogas.

d) Servidumbre.

e) Extracción de órganos.

Para un mejor entendimiento y para visibilizar la realidad existente en torno a estas prácticas, se erige necesario incidir en los datos y el modo en que suelen materializarse, por lo que, reviste especial interés, el Informe emitido por la Comisión Europea de fecha 20 de enero de 2025 y del que se desprenden los siguientes[8]:

En primer lugar, de los datos registrados se ha experimentado un aumento de un 20,5% durante el periodo de referencia 2021-2022, el número real de víctimas es probable que sea muy superior por cuanto que, hay muchas víctimas que están por detectar.

En segundo lugar, la trata de seres humanos sigue siendo un delito con una importante dimensión de género, ya que, en el mencionado periodo 2021-2022, el 65% de todas las víctimas de trata en la UE eran mujeres y niñas. La gran mayoría de las víctimas de explotación sexual son mujeres (92%), de las cuales el 24% son niñas.

Los hombres representan la mayoría de las víctimas de trata con fines de explotación laboral (70%).

En lo que se refiere a la procedencia de las víctimas, se ha producido un cambio respecto al anterior periodo (2019-2020) en el que la mayoría de las víctimas eran comunitarias, ahora la tendencia es al revés, siendo procedentes en mayor número de terceros países (54%)[9].

a) La trata de seres humanos con fines de explotación sexual

Es la forma más frecuente y que como ya se ha expuesto, incide sobre las mujeres y niñas con un claro componente de género.

El método más común para realizar su captación es el método del "lover boy"[10] mediante el cual los tratantes mantienen relaciones románticas en línea, crean una dependencia emocional y atraen a las víctimas hacia la explotación[11].

---

8 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los progresos realizados en la Unión Europea en la lucha contra la trata de seres humanos (Quinto Informe), Bruselas, 20 de enero de 2025. COM 82025) 8 final.

9 Las cinco principales nacionalidades de las víctimas de la UE: rumana, francesa, húngara, búlgara y alemana. Las cinco principales nacionalidades de terceros países fueron: nigeriana, ucraniana, marroquí, colombiana y china.
El 34% de todas las víctimas eran del país en el que se registraron (trata interna). Casi todas las víctimas de Bulgaria, Rumania, Hungría, Eslovaquia y Letonia formaban parte de la ciudadanía de dichos países.

10 Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Grecia, Hungría Eurojust , Europol y EMPACT.

11 La mayoría de Los estados miembros y Europol confirmaron el papel predominante de las redes sociales,

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La captación de las víctimas también se produce en países no pertenecientes a la UE para actividades en apariencia laborales y, tras su llegada, se ven obligadas a prostituirse[12].

El aumento en el número de mujeres y personas transgénero latinoamericanas víctimas de trata con fines de explotación sexual se ha registrado en más Estados miembros que el periodo anterior[13].

b) Trata de seres humanos con fines de explotación laboral

Como se ha expuesto, es la segunda forma más frecuente de trata.

Con respecto al anterior periodo el número de víctimas detectadas por trata de seres humanos con fines de trabajo forzoso se incrementó en un 47%

Desde muchos Estados miembros y Europol se destacó que la captación también se produce en línea mediante ofertas de empleo fraudulentas[14].

Entre los sectores de alto riesgo de explotación figuran: la construcción, agricultura, silvicultura, la transformación de alimentos, cadenas de montaje, hostelería comercio al por menor, lavaderos de coches, servicios de belleza y limpieza, transporte y trabajo doméstico.

Como sectores emergentes se presentan los servicios de asistencia domiciliaria y enfermería y los servicios de paquetería. El sector del fútbol se ha revelado como un ámbito propicio para este tipo de explotación en Portugal y Bélgica[15]. Jóvenes promesas del fútbol son captados con perspectivas de contrato, oportunidades de desarrollo y de una futura carrera futbolística, sin embargo, reciben un salario muy bajo y en ocasiones ni siquiera les es retribuido, se ven obligados a trabajar y se alojan en condiciones precarias, se les retienen los pasaportes y no se les permite abandonar las instalaciones[16].

especialmente aplicaciones de citas, sitos webs de acompañantes y los sitios webs de adultos, en la captación con fines de explotación sexual.

12 La trata con estos fines de víctimas de origen chino, estaba organizada a través de centros de atención telefónica descentralizados que operaban en algunos países de la UE y en China. Éstos actúan como centros de gestión de la publicidad en línea de las víctimas en los distintos países, fijan las citas y los precios de los servicios sexuales y transfieren dinero a los miembros encargados del blanqueo de los beneficios ilícitos. Para más información se puede consultar *First forensic sprint at Europol to speed up human trafficking investigations (*"Primer esprint forense en Europol para acelerar las investigaciones de trata de seres humanos" artículo en inglés. Europol (Europa.eu).

13 Bélgica, Estonia, Irlanda, Grecia, España, Malta, Países Bajos, Polonia Portugal y Europol.

14 Es la forma predominante de explotación en cuatro Estados miembros: Bélgica, Letonia, Luxemburgo y Portugal. En Alemania, también se utiliza el método "lover boy" con estos fines.

15 Asunto el Dourado, Portugal, Tribunal de Primera Instancia francófono de Bruselas, 4 de noviembre de 2019, sala 69 (en rebeldía y apelación). Véase Myria, Rapport annuel Traite et trafic des êtres humains 2020: Derrière des portes closes ("Informe anual de evaluación de 2020: A puerta cerrada. Trata y tráfico de seres humanos"), pp. 90-91 y la página web de Myria sobre jurisprudencia, Bruselas, 27 de junio 2022, capítulo 11.

16 Con el fin de reducir la trata en 2022, la FIFA, reformó el sistema de transferencias, que incluye la expedición de un pasaporte electrónico en el que figura el historial de registro de un jugador o jugadora a partir de los 12 años.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Especial vulnerabilidad presentan los temporeros, por cuanto que las víctimas son trasladadas a zonas agrícolas remotas en las que viven y trabajan, pagando por un alojamiento, en la mayoría de los casos, precario y en condiciones de hacinamiento. El grado de dependencia que les generan es total debido a la escasez de recursos económicos y al desconocimiento del idioma. La accesibilidad limitada y la lejanía de estas zonas dificultan las inspecciones de trabajo y la detección de las víctimas[17].

Destaca que la existencia de este tipo de explotación no depende del tamaño, los beneficios ni la organización de las empresas. Los tratantes actúan con gran sofisticación a través de estructuras empresariales complejas y se especializan en la organización de la contratación, los viajes y el alojamiento con documentos de identidad de cientos de personas procedentes prácticamente de todos los continentes.

Suele además entremezclarse con otros tipos de delitos, como el fraude fiscal y a la seguridad social, la estafa documental y las violaciones graves de la legislación en materia de empleo y seguridad social.

Estas redes de delincuencia organizada también utilizan -tal y como sucede con la explotación sexual-, amenazas físicas o psicológicas para controlar a las víctimas, junto con la desposesión de los documentos de identidad y teléfonos.

La mayoría de las víctimas no hablan la lengua del país de acogida, se muestran reacias a cooperar con las autoridades y pueden no identificarse necesariamente con víctimas.

Por su parte, los explotadores -tal y como indica Europol- suelen obligar a sus víctimas a abrir cuentas bancarias, de las que toman el control para acceder a los salarios y las finanzas de las víctimas.

c) Trata de seres humanos para otras formas de explotación

Durante el periodo 2021-2022, las restantes formas de trata representaron el 14% del total de víctimas, con un incremento de un 3% con respecto al periodo anterior. Algunas de estas formas de explotación son las actividades delictivas forzadas, la mendicidad, la extracción de órganos.

En cuanto a la delincuencia forzada se refiere, representó un 3% y suele estar asociada a robos, delitos menores, carteristas, hurtos de comercios y venta de drogas, habiendo experimentado un incremento el fraude en línea cometido a través de la delincuencia forzada y del fraude a la seguridad social.

La mendicidad forzosa, registró un 2%. Entre las víctimas suele tratarse principalmente de menores de edad de nacionalidad rumana, búlgara, eslovaca y húngara, en particular de etnias gitanas.

[17] Finlandia, Portugal, Suecia y el Informe Anual de Seguridad 2022.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Estos grupos de delincuencia utilizan a jóvenes vulnerables (generalmente de origen migrante) para que hagan de mulas, trabajen en plantaciones de cannabis, cometan robos o incluso tiroteos u otros actos violentos[18].

Se debe incidir en **la explotación de la maternidad subrogada** que de forma preocupante está emergiendo. En esta modalidad de trata, se explota a las mujeres que presentan situaciones de vulnerabilidad. Los intermediarios (clínicas de salud reproductiva) participan en la delincuencia organizada y transfronteriza a fin de obtener sustanciales beneficios.

III. REGULACIÓN

De conformidad con los dictados de la ONU, el Consejo de Europa, aprueba el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia)[19] y la Unión Europea, mediante la Carta de Derechos Fundamentales de 18 de diciembre de 2000, en su artículo 5.3 prohíbe la trata de seres humanos; que finalmente promulga la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y no en vano, contiene como definición: "la trata de seres humanos es un delito grave, que se comete a menudo en el marco de la delincuencia organizada y constituye una violación palmaria de los derechos fundamentales", realizando un enfoque integral y basado en los derechos humanos además de introducir la perspectiva de género en su artículo 1.

Esta Directiva, ha sido objeto de modificación por la Directiva 2024/1712, que entró en vigor 14 de julio de 2024[20], en la que se introducen normas más estrictas de lucha frente a la trata, se ponen a disposición herramientas reforzadas para que las autoridades investiguen y enjuicien estos delitos. Introduce nuevas formas de explotación como la que tiene como fin la realización de la maternidad subrogada y contempla que la explotación sexual cometida en línea sea una circunstancia agravante, también, incide en dar un mayor apoyo a las víctimas, tal y como ya desde la Comisión Europea en 2021, se introdujo como nueva estrategia[21]. Los Estados miembros tendrán que transponer y aplicar las nuevas disposiciones de esta modificación, antes

18 En octubre de 2023, Europol prestó apoyo a la policía serbia para el desmantelamiento de una red delictiva implicada en la trata de menores con fines de matrimonio forzoso, mendicidad forzosa y delincuencia forzada. Los delincuentes formaban parte de una estructura familiar y las víctimas tenían entre cinco y diecisiete años.

19 Consejo de la Unión Europea (2005, 16 mayo). Convenio n º 197 del Consejo de Europa.

20 Directiva Unión Europea 2024/1712 del Parlamento Europeo y del consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2022/36 UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos ya la protección de las víctimas.

21 COMISION EUROPEA. Comunicado de prensa. Bruselas 14 de abril de 2021. "Lucha contra la trata de seres humanos: nueva estrategia para prevenir la trata, desarticular los modelos delictivos de negocio y empoderar a las víctimas."

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

del 15 de julio de 2026. Las normas contenidas en la Directiva de modificación deben aplicarse a partir del 15 de julio de 2026.

En nuestro ordenamiento, el delito de trata de seres humanos se encuentra tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal, incorporado tras la reforma la LO 5/2010, de 22 de junio, precepto que ha sido objeto de diversas modificaciones[22] con el objeto de agravar las penas atendiendo a la especial vulnerabilidad de las víctimas por las circunstancias en las que ésta se produce como consecuencia de un conflicto armado o catástrofe humanitaria o por ser la víctima menor de edad, previendo la imposición de la pena especial de inhabilitación para cualquier profesión, oficio y actividades, retribuidos o no, que conlleve el trato regular con menores de edad.

El tipo comprende las siguientes finalidades, ampliando y complementando las contenidas en el artículo 3 del Protocolo de Palermo e introduciendo la mendicidad, incorporando la pornografía entre los fines de explotación sexual, la realización de actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados.

Es relevante diferenciar la trata de seres humanos del tráfico ilícito de migrantes[23], en primer lugar, en lo que se refiere al consentimiento, ya que, en el tráfico ilícito de migrantes, éstos consienten la realización del viaje, y en la trata o bien el consentimiento es inexistente o se encuentra viciado al haber mediado, engaño, coacción o abuso. En segundo lugar, en cuanto a la explotación, ya que, en el tráfico ilícito de migrantes ésta finaliza con la llegada a su destino, mientras que en la trata persiste después y por último, el elemento de la transaccionalidad, es una característica que siempre está presente en el tráfico ilícito de migrantes, sin embargo, en la trata, no siempre concurre por cuanto que podemos encontrarnos ante supuestos de trata interna, en la que las víctimas son trasladas de un lugar a otro pero dentro de la circunscripción territorial de un mismo país.

IV. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Pese a que como ya se ha hecho mención, la trata de seres humanos puede ser interna, es un delito predominantemente transnacional, en la que tanto víctimas como tratantes suelen tener diferentes nacionalidades, actúan en diferentes países e incluso continentes, por lo que para lograr su erradicación, se requiere de una cooperación internacional de gran compromiso, especialización y cualificación, mediante la elaboración de normativas de aplicación común, canales de comunicación y unificación de criterios de

[22] Apdo. 4 c) añadido por la Ley Orgánica 13/2022 de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria. Apdo. 1 modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en vigor desde el 25/06/2021.

[23] Artículo 318 bis del Código Penal.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

actuación, que faciliten su pronta detección, el intercambio de información, la accesibilidad e interconexión a nivel mundial, siendo primordial la sensibilización y concienciación no solo de los Estados sino de toda la sociedad.

De este modo y a la vista de los datos proporcionados por las organizaciones internacionales como la **Oficina de Drogas y Crimen de la Naciones Unidas (UNODC)** que realiza informes periódicos desde su primera edición en el año 2009, se ofrecen recomendaciones políticas para dar respuesta a todas las formas de trata, y por ello, considero de especial relevancia el elaborado en el año 2024, que incide en la mejora en la identificación y protección de las víctimas[24].

Por su parte la Directora Ejecutiva de la UNODC, Sra. Ghada Waly, ha manifestado que: "a medida que los conflictos, los desastres climáticos y las crisis mundiales agravan las vulnerabilidades en todo el mundo, vemos un aumento de las víctimas de trata de personas detectadas, en particular de niñas y niños, que ahora representan el 38% de las víctimas identificadas.

Los delincuentes recurren cada vez más a la trata de personas para someterlas a trabajos forzados, incluso a obligarlas a realizar sofisticadas estafas en línea y delitos cibernéticos, mientras que las mujeres y las niñas se enfrentan al riesgo de explotación sexual y la violencia de género." Prosigue manifestando la necesidad de intensificar la contundencia de la justicia penal para hacer rendir cuentas a los líderes responsables de estos delitos, rescatar a las víctimas y garantizar que las y los sobrevivientes cuenten con apoyo suficiente.

Entre los diferentes organismos llamados a luchar contra la trata de personas, a nivel mundial contamos con **Interpol**[25], cuyo objetivo fundamental es la cooperación policial entre 196 países y destacar el reciente éxito en torno a la lucha contra la trata de personas de la operación llamada "Global Chain", llevada a cabo entre los días 1 al 6 de junio de 2025, dirigida por las fuerzas del orden de Austria y Rumanía –entre los países participantes se encontraba España- y que contó con el apoyo de Interpol, Europol y Frontex, en la que se ha permitido detectar a 1.194 posibles víctimas y detener a 158 sospechosos además de identificar a otros 205 sospechosos.

Las víctimas procedían de 64 países diferentes, predominantemente de Rumania, Ucrania, Colombia y China; la mayoría de las víctimas de trata con fines de explotación sexual eran mujeres adultas mientras que las niñas solían ser explotadas mediante la mendicidad forzada o a la realización de actividades delictivas (como el

24 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. Comunicado de Prensa, Viena 11 diciembre 2024. Informe Mundial sobre Trata de Personadas de UNODC: el número de víctimas detectadas aumentó en un 25% al incrementarse la explotación infantil y los casos de trabajo forzosos.

25 Organización Internacional de Policía Criminal que cuenta con 196 países miembros, facilitan el intercambio y acceso de información sobre delitos y delincuentes. En cada país existe una oficina central OCN. Conectan a todos los países miembros a través de un sistema comunicación denominado I 24/7.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

carterismo), contando con un gran inconveniente que dificulta la protección de estas últimas por cuanto que la explotación proviene de los propios miembros de su familia[26].

En el ámbito de la Unión Europea, se dispone de **Europol** (Agencia de la Unión Europea de Cooperación Policial) y **Eurojust** (Agencia Europea de Cooperación Judicial), esta última que se encuentra conformada por todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca.

Los delitos más perseguidos son los de terrorismo, ciberataques, narcotráfico, crímenes contra intereses financieros de la UE, tráfico de migrantes, delitos contra el medioambiente, blanqueo de capitales, estafa y fraude.

Asimismo, proporciona instrumentos para el traslado de pruebas de un país a otro, la entrega de sospechosos a efectos de continuar un procedimiento penal o ejecutar una pena privativa de libertad en el país de origen.

Entre dichos instrumentos se encuentran los siguientes:

- European Arrest Warrant (EAW): proceso judicial simplificado de entrega judicial de sospechosos.
- European Investigation Order (EIO): proceso de emisión o validación de una autorización judicial de un Estado miembro (EM) para recoger o utilizar pruebas de la investigación penal en cualquier otro EM.
- Joint investigation teams (JITs): equipos de cooperación legal entre Estados para llevar a cabo investigaciones penales, conformados por jueces y juezas, fiscales y autoridades policiales. Sus integrantes pueden hacer uso de las herramientas creadas conjuntamente por Eurojust, Europol y la red de JITs.

La cooperación judicial también abarca la puesta en común de conocimientos y el intercambio de prácticas, a fin de mejorar la investigación penal. Para ello existen foros y redes de contacto profesional, tales como los siguientes: Consultative Forum, JITs Network, Genocide Network, European Judicial Network Focus Group on Migrant Smuggling, entre otros.

Significar que desde Eurojust se colabora con terceros países, contando con diferentes instrumentos y prácticas que permite a los y las fiscales acceder el ámbito jurisdiccional de más de 50 países del todo el mundo y durante el periodo 2021-2022, apoyó a 66 equipos conjuntos de investigación (ECI) en casos de trata[27].

Asimismo, facilita la prestación de la asistencia judicial internacional y la ejecución de las órdenes de detención europeas.

[26] INTERPOL. Página web. Noticias de 11 de julio de 2025.

[27] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre los progresos realizados en la Unión Europea en la lucha contra la trata de seres humanos. (Quinto Informe), Bruselas, 20 de enero de 2025. COM (2025) 8 final.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Por su parte, el Consejo de Europa en el artículo 32 del pacto de Varsovia establece la necesidad de la cooperación en todos los ámbitos de actuación de las autoridades en la lucha contra la trata, siendo de las herramientas más eficaces y efectivas la constitución de los **Equipos Conjuntos de Investigación (ECI),** que se constituyen mediante un acuerdo entre las autoridades tanto judiciales como policiales de dos o más Estados miembros, por un tiempo limitado y con un objetivo específico, para llevar a cabo investigaciones penales de forma paralela en varios Estados miembros[28].

Su creación se encuentra recomendada en los supuestos de investigaciones transfronterizas de especial dificultad, así como ante la existencia de investigaciones conexas que requieran de una actuación coordinada entre los Estados miembros afectados.

Por otro lado, en cuanto a la recopilación e intercambio de estadísticas con la Comisión (EUROSTAT) pasan a ser obligatorios en virtud de la Directiva modificada y permiten conocer la situación, las acciones necesarias y sirven de base parar elaborar las prioridades tanto nacionales como de la UE reflejadas en las estrategias y planes de acción nacionales, así como en las directrices, protocolos y procedimientos destinados a ayudar en la detección, identificación y protección a las víctimas. Asimismo, la Directiva modificada incluye como nueva obligación para los Estados miembros, la de adoptar y aplicar, cada cinco años, un Plan de Acción Nacional contra la Trata de Seres Humanos[29].

A nivel operativo, la lucha contra la trata de seres humanos se encuentra integrada en el seno de la plataforma multidisciplinar europea contra las amenazas delictivas (EMPACT), cuyo objetivo en lo relativo a este tipo delictivo es desarticular todas las redes de trata, siendo que durante el periodo 2022-2025, se están ejecutando un total de setenta acciones operativas con el apoyo de las agencias de la Unión Europea para alcanzar objetivos estratégicos, investigaciones conjuntas sobre las diversas formas de explotación, investigaciones financieras relacionadas con éstas y recogida e intercambio de información operativa y estratégica[30].

El enfoque coordinado y multilateral que requiere la trata, se materializa a escala de la Unión Europea mediante la **Coordinadora de la Unión Europea para la lucha contra la trata de seres humanos** que ha reforzado éste en la Directiva modificada, por cuanto que se prevé de forma explícita dicha colaboración con

28 CONSEJO DE EUROPA. Guía práctica de creación de los ECI, en cooperación con Eurojust, Europol y la OLAF. Bruselas 26 de julio de 2016.

29 Artículo 20 de la Directiva (UE) 2024/1712.

30 Conclusiones del Consejo sobre la determinación de las prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia grave y organizada durante el ciclo 2022-2025 de la EMPACT.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

los coordinadores nacionales, los organismos independientes, las agencias de la UE y las organizaciones de la sociedad civil pertinentes[31].

V. PREVENCIÓN DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

1. Reducir la demanda que fomenta el delito

Es un objetivo primordial para persuadir y concienciar a la sociedad, ya que, en no pocas ocasiones parte de la ciudadanía tiene el pensamiento erróneo de que las víctimas de trata con fines de explotación sexual son mujeres y niñas que ejercen la prostitución de forma libremente elegida. Por ello, algunos Estados miembros tipificaron como delito el recurso a los servicios sexuales o cualquier servicio prestado por víctimas de trata entre los que se encuentran Alemania, Hungría y Países Bajos.

En el caso de Chipre, informó de la condena a un usuario de tres años de prisión el delito de recibir servicios sexuales de una víctima de trata de seres humanos, mientras que Hungría, notificó una condena por explotación de prostitución infantil.

En nuestro país, no existe por el momento una tipificación con respecto a los demandantes de estos servicios a salvo de lo dispuesto en el artículo 188.4 del Código Penal[32], por lo que sin duda, generará gran expectación -por su interés y relevancia -el modo en que tras la transposición de la Directiva 2024/1712 a nuestro ordenamiento interno, y con el objetivo de dar una respuesta política coherente para hacer frente a la demanda que fomenta la trata, reforzar y armonizar los esfuerzos de la justicia penal en todos los Estados parte- la citada Directiva obliga a éstos a tipificar como delito el recurso consciente a los servicios de personas explotadas[33].

La Directiva comprende todas las formas de explotación en la que el servicio lo presta una víctima de la trata, sin embargo, no se aplica a los clientes que compran bienes producidos por las víctimas.

---

31 Artículo 20 de la Directiva (UE) 2024/1712.

32 Artículo 188.4 CP: El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

33 Artículo 18 bis de la Directiva (UE) 2024/1712. Infracciones relativas a la utilización de servicios prestados por una víctima de trata de seres humanos: 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurarse de que, cuando se trate de un acto intencionado, el uso de servicios prestados por víctimas de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 2 constituya una infracción penal cuando se explote a la víctima para que preste dichos servicios y el usuario de estos tenga conocimiento de que la persona que los presta es víctima de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 2.2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones tipificadas de conformidad con el apartado 1 puedan ser castigadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Se ha puesto el foco de atención sobre las personas jurídicas, mediante la adopción de medidas legislativas con el objetivo de responsabilizar a las empresas y evitar su impunidad, en particular, de las plataformas en línea, para reducir la demanda, detectar posibles casos de trata en sus actividades y cadenas de suministro, entre las que se encuentran:

El Reglamento de Servicios Digitales[34] que coadyuvará a la detección, supervisión y eliminación de los contenidos en línea relacionados con la trata de seres humanos, de manera que, las plataformas en línea y motores de búsqueda de grandes dimensiones están sometidos al cumplimiento de obligaciones estrictas relativas a la detección, evaluación y mitigación de riesgos sistémicos, así como medidas de transparencia, herramientas de notificación y mecanismos de denuncia. Además, deben extremar las precauciones para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad y protección de los y las menores, así como notificar los contenidos ilícitos a las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Por su parte la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad,[35] complementa la Directiva 2011/36 y establece un marco horizontal para fomentar la contribución de las empresas y sus subcontratistas que operan en el mercado único al respeto de los de los derechos humanos y el medio ambiente, debiendo comprometerse a identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas por sus efectos adversos sobre estos derechos y en particular, con respecto a la trata de seres humanos.

El 27 de noviembre de 2024, se adoptó el Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso, tanto nacionales como importados producidos mediante esta forma de explotación[36].

Por último, es de reseñar que por parte de la Comisión, se presentó la hoja de ruta de la UE para la lucha contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada[37], que propone diecisiete acciones operativas, y entre las que se da prioridad en cuanto a la prevención de la delincuencia se refiere, a la promoción de medidas para evitar que tanto los y las jóvenes como los y las menores sean reclutados por grupos delictivos, ya que estas redes,

34 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

35 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.

36 Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

37 COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 18 de octubre de 2023, sobre la hoja de ruta de la UE para la lucha contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada. COM (2023) 641 final.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

en particular, las de traficantes de drogas, explotan a jóvenes vulnerables e incluso a menores de edad para estos fines.

2. Enjuiciamientos y condenas para romper el modelo de negocio delictivo

Aun cuando la trata de seres humanos es una actividad delictiva que se lleva a cabo a todos los niveles, tanto por particulares, como por redes pequeñas y por grandes grupos de delincuencia organizada, desde Europol, se ha incidido en que la explotación sexual es la actividad principal y exclusiva de dieciocho redes, seguida de la explotación laboral, en que lo es de trece de estas[38].

Por su parte, la Directiva modificada incide en tipificar nuevas formas de trata de seres humanos entre las que se encuentran la explotación de la maternidad subrogada, el matrimonio forzoso y la adopción ilegal, siempre y cuando concurran los demás elementos que comprenden su definición -conducta y medio-, así como en agravar las penas e incrementar la especialización y cualificación de todos los operadores jurídicos y policiales de los Estados miembros.

Para posibilitar la desarticulación de los modelos de negocio de los grupos delictivos organizados, desmantelar sus estructuras e impedir que lleven a cabo nuevas actividades delictivas, la Directiva 2024/1260, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos refuerza la capacidad de la policía, fiscales y jueces para rastrear y decomisar los beneficios que los grupos delictivos organizados obtienen a través de sus actividades ilícitas y en especial procedente de la trata de seres humanos, refuerza la cooperación policial transfronteriza, con el seguimiento de activos de forma obligatoria en los casos de delincuencia organizada y se amplían las opciones de decomiso de activos ilícitos por parte de los órganos jurisdiccionales, en concreto, a través del decomiso de patrimonio no explicado, sin necesidad de condena en aquellos casos en que el órgano jurisdiccional considere que el patrimonio en cuestión deriva de una conducta delictiva.

A pesar de que el número de personas enjuiciadas y condenadas por trata de seres humanos ha aumentado, sigue siendo una asignatura pendiente a nivel mundial, ya que los índices son bajos en comparación con el número de víctimas y personas sospechosas registradas.

En 2021-2022, se enjuició a 8.804 personas y se condenó a 4.728, lo que ha supuesto en relación con el periodo anterior 2019-2020, que los enjuiciamientos se hayan incrementado un 35% y las condenas un 57%, recayendo de forma mayoritaria sobre ciudadanos de la Unión Europea, en 2022: el 81% de las personas enjuiciadas y el 74% de las personas condenadas.

[38] EUROPOL, Descodificación de las redes delictivas más amenazantes de la UE.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

3. Identificación temprana, asistencia y protección para las víctimas

La Directiva contra la trata de seres humanos, se centra en las víctimas e incide en las cuestiones de género y en los niños y las niñas, con especial protección de los colectivos más vulnerables: personas con discapacidad y migrantes.

Por su parte la Directiva modificada 2024/1712, exige a los Estados miembros que establezcan mecanismos de derivación nacionales, que deben constituir un marco transparente, accesible y armonizados que facilite y mejore la derivación de las víctimas a las organizaciones y organismos nacionales responsables.

Deberán, asimismo, designar un punto de contacto nacional para la derivación transfronteriza de las víctimas y deberán velar porque las víctimas de trata puedan ejercer su derecho a solicitar protección internacional o un estatuto nacional equivalente.

En consecuencia, los Estados miembros, deben garantizar que el sistema de asistencia a las personas víctimas de trata y los procedimientos de asilo sean complementarios y no se excluyan mutuamente.

Si bien la Directiva contra la trata de seres humanos contempla las necesidades específicas de las víctimas de estos delitos, a nivel horizontal es la Directiva sobre los derechos de las víctimas la que se erige como el instrumento fundamental sobre los derechos de cualquier víctima de un delito[39].

Se dispone además de la Directiva 2024/1385, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica[40] que reconoce que el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual es una forma de violencia contra las mujeres, de manera que, las medidas de prevención, protección y apoyo previstas en esta Directiva complementan las contenidas en la Directiva 2011/36/UE.

Por último, en lo que se refiere a la protección de la infancia y la adolescencia, por parte de la Comisión, se adoptó una Recomendación sobre los sistemas integrados de protección de la infancia[41], con el objetivo de ayudar a los Estados miembros a desarrollar y reforzar sus sistemas de protección de la infancia y adolescencia en función de las necesidades de los y las menores y de su interés superior; debiendo proteger a éstos, frente a cualquier forma de violencia (incluyendo el mundo digital) y frente a la trata.

---

39 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2011/220/JAI del Consejo, de la que ha sido propuesta por parte de la Comisión su revisión que se encuentra en curso.

40 Directiva 2024/1385/UE 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.

41 Recomendación 2024/1238/UE de la Comisión, de 23 de abril de 2024, sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

VI. REFERENCIA A LOS DATOS REGISTRADOS A NIVEL NACIONAL Y EN ESPECIAL A LOS RELATIVOS A LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LA PROSTITUCIÓN

En el año 2024 los datos recogidos en la Memoria Anual elaborada por la Unidad de Trata de Personas y Extranjería 2025[42] que contemplan las estadísticas de la Fiscalía General del Estado (FGE), se muestran más que preocupantes por cuanto que las cifras han descendido, presentando una disminución en un 23% en comparación con respecto al año 2023, habiéndose incoado un total de 181 procedimientos judiciales por delitos de trata de seres humanos.

Por su parte desde la unidad de Trata de Personas y Extranjería, se incoan Expedientes Gubernativos de Seguimiento o Diligencias de Seguimiento de causas por delito de Trata de Seres Humanos que en 2024 ascendieron a un total 150 frente a las 162 de 2023[43].

Tal y como sucede a nivel mundial, la trata de seres humanos con fines de explotación sexual es mayoritaria, pues conforma el 73% de las investigaciones frente al 22 % de la trata laboral.

Con respecto a las sentencias dictadas, significar que se han dictado un total de 29 sentencias en primera instancia por las Audiencia Provinciales, de las cuales 17 han sido condenatorias, 8 absolutorias totales y 4 absolutorias por trata, pero condenatorias por otros delitos. De las 29 mencionadas, por trata con fines de explotación sexual han sido dictadas 25 sentencias (14 condenatorias por trata, 4 por otros delitos y 7 absolutorias), habiendo resultado condenadas un total de 33 personas por este tipo de trata y las víctimas reconocidas en sentencia por el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual han sido 47, todas ellas mujeres y mayores de edad.

Por delitos de trata mixta (con fines de explotación sexual y laboral) se ha dictado una sentencia, condenatoria.

En relación con los delitos de trata con fines de explotación laboral se han dictado 2 sentencias, una condenatoria y otra absolutoria, reconociéndose 3 víctimas, 2 mujeres mayores de edad y un hombre[44].

---

42 Esta Unidad cuya denominación se reconoce en el Real Decreto 311/2023 de 25 de abril de 2023 (BOE de 26 de abril), coordina la actuación de los/las fiscales delegados/as provinciales, asesorándoles y prestándoles el apoyo jurídico que precisen, así como estableciendo criterios interpretativos comunes y lleva un control exhaustivo de todas las causas que se inician en España en materia de trata de seres humanos, así como las cualificadas sobre delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y prostitución, a través de la incoación de Diligencias de Seguimiento.

43 La diferencia existente entre las estadísticas por parte de la Fiscalía General de Estado y el número de Diligencias de Seguimiento registradas obedece a que las diligencias de seguimiento no se incoan siempre de forma simultánea a los procedimientos penales; existen problemas de registro en las aplicaciones informáticas de algunas fiscalías y fundamentalmente, la modificación de la calificación jurídica inicial del atestado y la definitiva genera desajustes en los datos estadísticos.

44 SAP de Badajoz, nº 117 de 31 de mayo de 2024, dicta en el PA 12/24 que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, siendo la primera sentencia condenatoria en la historia judicial de Extremadura que condena por el delito de trata con fines de explotación laboral.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Por último, en cuanto al delito de trata para cometer conductas delictivas se ha dictado una sentencia condenatoria, con una víctima y un condenado, habiendo sido absueltas 6 personas.

En lo referente a las sentencias emitidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, significar que se dictaron un total de 12 sentencias, 9 de las cuales confirman las sentencias dictadas en primera instancia (una de ellas de forma parcial, al absolver a un acusado), 2 son confirmatorias de absolución, y una declara la nulidad de la sentencia de instancia[45].

Especial relevancia presenta la problemática relativa a la articulación de la prueba preconstituida y otras cuestiones relativas a las víctimas y que de conformidad con las Diligencias de Seguimiento, la cifra global de víctimas potenciales en 2024, ascendió a 789 de las cuales 677 fueron identificadas formalmente como víctimas de trata y otras 112 son víctimas en grave riesgo (personas no identificadas formalmente como víctimas de trata pero que indican una posibilidad alta de que lo sean, por el lugar en donde fueron halladas, su situación o por tener edades muy próximas a la minoría).

La identificación de las víctimas de trata con fines de explotación sexual ha disminuido de forma considerable con respecto al año anterior, en un 23%, pasando de las 543 en 2023 a 416 en 2024. Este descenso, lejos de ser un dato alentador parece reflejar la necesidad de reforzar los instrumentos y adaptar las estrategias, incentivando la cooperación judicial internacional y a nivel interno la exigencia de la coordinación entre los y las fiscales delegados/as de Trata de personas y Extranjería y los de Criminalidad Informática, ante el incremento de estas formas de explotación en línea, – en que el uso de internet no se limita al reclutamiento de las víctimas sino que facilita la movilidad de los beneficios obtenidos por los autores y se emplea siempre para el anuncio de los servicios de las mujeres, mediante imágenes de contenido sexual cuya difusión puede ser utilizada igualmente como amenaza para presionarlas-[46] y obedece además a los problemas que se presentan para acceder a los pisos y casas particulares donde se explota a las víctimas que dificultan sobremanera la detección y la acción policial.

De nuevo se pone de manifiesto, que la trata de seres humanos exige ser abordada con perspectiva de género, ante la evidencia clara de la situación de mayor vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres, por cuanto que, de las 416 víctimas contabilizadas en 2024, las víctimas mujeres representan el 98,7%[47].

---

45 Destacar de entre éstas la STSJ de Andalucía nº 70/24 de 21 de febrero, relativa al matrimonio forzoso/servidumbre (matrimonio de una menor por el rito romaní), que se pronuncia sobre la alegación efectuada por parte de la defensa en relación con las costumbres gitanas como argumento para justificar la conducta típica en el siguiente sentido: "que lo manifestado por la menor supone un sacrificio inasumible para un niña en post de antediluvianas y ya superadas costumbres étnicas, del todo reprochables en una sociedad democrática avanzada".

46 Sobre este particular la Directiva 2024/1712/UE (pendiente de transposición) prevé como agravante "el hecho de que el autor de la infracción haya facilitado la difusión o haya difundido a través de tecnologías de la información y la comunicación, imágenes, videos o material similar de carácter sexual que impliquen a la víctima".

47 De las 416 víctimas de explotación sexual, 407 son mujeres mayores de edad, 1 de ellas con discapacidad, 3 son

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Asimismo, el número de víctimas detectadas se ha incrementado teniendo a España como país de tránsito para ser explotadas en otros países europeos.

Se incide en la dificultad que opera en la identificación de las víctimas de trata con fines de explotación sexual y para la persecución del delito, del perfil de numerosas mujeres, sobre todo procedentes de Latinoamérica, que han podido ejercer la prostitución con anterioridad en sus países de origen, y/o ser conocedoras de la actividad que van a llevar a cabo en nuestro país, existiendo sin embargo, engaño en cuanto a las condiciones de su ejercicio, que finalmente se constituyen como una auténtica explotación, abuso e incluso coacción.

Se pone de relieve una cuestión de especial significación, por cuanto que dificulta en gran medida la persecución y castigo de los tratantes, como es la resistencia por parte de algunos juzgados de instrucción a la hora de preconstituir la prueba testifical o de concederles la condición de testigo protegido, así como que, la forma en que esta circunstancia incide en detrimento de la credibilidad del relato de las víctimas y en el favorecimiento al posterior dictado de sentencias absolutorias y todo ello, pese a la jurisprudencia declarada por el Tribunal Supremo que avala la concurrencia del delito de trata en estos supuestos cuando se dan los elementos del tipo, así como en los conceptos de vulnerabilidad en origen de las víctimas y en la esencial falta de relevancia del consentimiento prestado, cuando son explotadas en el ejercicio de la prostitución[48].

A ello se añade la dificultad presentada al respecto de la prueba preconstituida y protección de los testigos, sobre la deficiencia en los medios técnicos y a la carencia o mal funcionamiento de los distorsionadores de voz, y a la imposibilidad en muchos lugares de articular un sistema de doble grabación, siendo la excepción Barcelona[49].

En varias fiscalías -Murcia y Madrid- se está trabajando en el establecimiento de pautas de actuación o en la actualización de protocolos con los que se busca coordinar mejor a todos los operadores que interviene en la práctica de las pruebas preconstituidas (jueces, fiscales, FFSS, ONGs), fomentando la intervención de las

menores de edad, 2 son mujeres transexuales y solo 4 son hombres. 65 de estas de mujeres mayores se encuentran en grave riesgo. En cuanto a la procedencia de las víctimas, la mayoría de ellas son latino americanas entre el 70% y 80% y con gran significación han ascendido las víctimas colombianas, seguidas de nigerianas y rumanas.

48 Por su relevancia al haber tenido en consideración este criterio, la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia nº 320/24 de 25 de abril, expone al respecto: " A lo anterior puede añadirse una inferencia incontestable: o la testigo protegida vino a España engañada respecto al trabajo que iba a desarrollar (y el engaño es uno de los elementos del delito), o vino sabiendo que iba a ejercer la prostitución, pero en tal caso se infiere que tenía que encontrarse en una situación de extrema necesidad, pues solo esa situación explicaría que alguien acepte ir a ejercer la prostitución a un país extranjero, estando en situación ilegal, alejándose de su familia y aceptando ponerse bajo la dirección de una persona con la que se ha mantenido solamente una conversación telemática."

49 En esta ciudad se pone en práctica, cada vez más, el método de doble grabación para disponer, en las piezas separadas de las víctimas, de un soporte audiovisual o CD con la grabación nítida de la diligencia, de acceso exclusivo para el órgano judicial y Ministerio Fiscal, y así permitir- en su caso- una amplia valoración de dicha diligencia preconstituida como medio de prueba por el órgano de enjuiciamiento, si bien los medios técnicos para ello los suministra policía científica de Mossos.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

oficinas de atención a las víctimas y priorizando su protección, evitando la revictimización y velando por la efectividad de los derechos que les reconoce la Ley 4/2015 de Estatuto de la Víctima[50].

En lo que al delito de prostitución respecta, según los datos de la Fiscalía General del Estado se han incoado 127 procedimientos judiciales por delitos de prostitución coactiva de los artículos 187 y 188 del Código Penal[51]. Pero es preciso aclarar que la mayoría de las causas por prostitución -que no están asociadas al delito de trata- son por hechos incardinables en el artículo 187.1 párrafo segundo del CP, es decir, por explotación, no por determinación coactiva a la prostitución.

En 2024, se han incoado desde la Unidad, 40 Diligencias de Seguimiento por delito de prostitución coactiva y lucrativa, por lo que se ha producido un incremento del 35% en el seguimiento de asuntos con respecto al año

---

50 Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito.

51 Artículo 187 CP: 1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.
Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.
2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.
Artículo 188 CP**:** 1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.
Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.
3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.
b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima
e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.
f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.
5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

anterior. En este sentido, los datos son positivos en lo que respecta al incremento del número de víctimas detectadas que asciende a 125 mujeres mayores de edad, 8 menores (6 mujeres y 2 hombres) y otras 5 en grave riesgo[52]. La mayoría de las víctimas al igual que sucede con respecto a la trata con fines de explotación sexual son de nacionalidad en colombiana y de especial significación presenta la detección de 10 mujeres españolas víctimas de este delito[53].

En cuanto a la prostitución de menores respecta, se vuelve a poner de relevancia que éstos acceden a diversas aplicaciones en redes sociales, en las que son contactados por individuos que se amparan en la exigencia formal de la mayoría de edad para el acceso a la aplicación. Sobre esta base inician una relación on line con el o la menor, que pronto pasa a convertirse en relación física. Ello suscita bastante problemas de acreditación de la concurrencia de dolo en los investigados, que alegan el desconocimiento de la edad de la víctima. En gran parte de estos casos resulta de aplicación al autor el concepto jurisprudencial del "dolo de indiferencia" en relación con el elemento de la edad[54].

Por último, se advierte la necesidad de una reforma legal en la que quede clara la tipicidad penal de todo lucro procedente de un ejercicio de la prostitución ajeno, bajo la premisa de la irrelevancia del consentimiento, ante la problemática advertida en la aplicación del artículo 187.1 párrafo segundo del Código Penal, y la dificultad de acreditar la imposición de condiciones de explotación, cuando incluso, en ocasiones, las propias víctimas consideran que las han aceptado debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran o no colaboran con sus declaraciones debido al temor que padecen.

VII. CONCLUSIONES

La trata de seres humanos es un delito grave que atenta directamente contra los derechos humanos de las víctimas, vulnerando sus derechos y libertades fundamentales; éstas se convierten en meras mercancías para los tratantes, que consideran pueden utilizar, alquilar, vender a su antojo, cosificándolas.

Entre las formas de explotación de trata de seres humanos tanto a nivel internacional como nacional, la que mayores índices presenta es la trata con fines de explotación sexual, que es ejercida en un elevadísimo

52 En 2023, las cifras registradas ascendieron a 33 víctimas mujeres, 3 de ellas menores de edad, y 1 hombre.

53 De especial consideración al respecto contamos con la Operación "LAPA", en Castellón, en la que se identificaron 27 víctimas de explotación sexual; las Diligencias Previas 40/24 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Catarroja en la que detectaron 16 mujeres presuntamente explotadas; y las Diligencias Previas 561/24 del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid, donde fueron identificadas 5 mujeres y otras 3 en grave riesgo, que ejercían la prostitución en condiciones claramente abusivas.

54 Entre las investigaciones con víctimas menores de edad, citar las Diligencias Previas nº 157/24 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Oviedo relativas a 5 menores vulnerables tuteladas por el Principado de Asturias, y en las que se investiga al menos a 4 hombres por delito de favorecimiento de la prostitución de menor edad, agresión sexual a menor de 16 años y delito contra la salud pública.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

porcentaje sobre mujeres mayores de edad, adolescentes y niñas, por lo que debe ser abordada con perspectiva de género, ante la evidencia clara de la situación de mayor vulnerabilidad en la que se encuentran éstas.

La segunda forma de explotación que presenta mayores índices es la trata con fines de explotación laboral, cuyas víctimas de forma mayoritaria son hombres.

En atención a los datos registrados y a su marcado componente trasnacional, se requiere contar con una cooperación a nivel internacional entre los diferentes Estados comprometida, cualificada y especializada, mediante la elaboración de normativas comunes, canales de comunicación y unificación de criterios que posibiliten la detección temprana, el intercambio de información, la accesibilidad e interconexión, así como de sensibilización y concienciación de toda la sociedad.

Por su parte la Directiva 2024/1712 de 14 de julio, que modifica la Directiva 2011/36 y que deberá ser transpuesta antes del 15 de julio de 2026, se presenta como un instrumento clave, ya que:

- Introduce normas más estrictas de lucha frente a la trata y pone a disposición herramientas reforzadas para que las autoridades puedan investigar y enjuiciar estos delitos con mayor contundencia.
- Se incorporan nuevas formas de explotación como la maternidad subrogada y se contempla la apreciación como agravante de la trata con fines de explotación sexual a través de internet.
- Contempla la obligatoriedad para los Estados miembros de tipificar en su ordenamiento interno como delito el recurso consciente a los servicios de personas explotadas.

Pese a que haya habido un aumento en el número de enjuiciamientos y condenas a nivel internacional, son bajos en comparación con el número de víctimas y personas sospechosas registradas.

A nivel nacional, el índice de enjuiciamientos y condenas es bajo, se destaca la problemática presentada en torno a la dificultad de identificación de las víctimas de trata con fines de explotación sexual y la resistencia por parte de algunos juzgados de instrucción a la hora de preconstituir la prueba testifical o de concederles la condición de testigo protegido y se advierte de la necesidad de una reforma legal en la que se tipifique todo lucro procedente de un ejercicio de prostitución ajeno, bajo la premisa de la irrelevancia del consentimiento.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN EUROPEA. Comunicado de prensa. Bruselas 14 de abril de 2021. Lucha contra la trata de seres humanos: nueva estrategia para prevenir la trata, desarticular los modelos delictivos de negocio y empoderar a las víctimas.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 18 de octubre de

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2023, sobre la hoja de ruta de la UE para la lucha contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada. COM (2023) 641 final.

COMISIÓN EUROPEA. Recomendación 2024/1238/UE de la Comisión, de 23 de abril de 2024, sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño.

COMISIÓN EUROPEA. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los progresos realizados en la Unión Europea en la lucha contra la trata de seres humanos (Quinto Informe), Bruselas, 20 de enero de 2025. COM 82025) 8 final.

CONSEJO DE EUROPA. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa,) hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

CONSEJO DE EUROPA. Guía práctica de creación de los ECI, en cooperación con Eurojust, Europol y la OLAF. Bruselas 26 de julio de 2016.

CONSEJO DE EUROPA. Conclusiones del Consejo sobre la determinación de las prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia grave y organizada durante el ciclo 2022-2025 de la EMPACT.

EUROPOL. Descodificación de las redes delictivas más amenazantes de la UE. Resumen 2024.

FERNANDO GONZALO, E. "Marco jurídico internacional de la trata de personas. Especial mención al espacio regional europeo". Cuaderno Deusto de Derechos Humanos núm. 94, Deusto Digital, Bilbao. 2019.

FISCALÍA, GABINETE DE PRENSA. Entrevista realizada en el Día Mundial contra la Trata de Seres Humanos, de 30 de julio 2022 a Beatriz Sánchez, Álvarez, Fiscal de Sala Coordinadora de Extranjería.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. UNIDAD DE TRATA DE PERSONAS Y EXTRANJERÍA. Memoria Anual 2025 referida al año 2024.

INTERPOL. Página web. Noticias de 11 de julio de 2025.

NACIONES UNIDAS (ONU), Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Nueva York 15 de noviembre de 2000.

NACIONES UNIDAS (ONU), Oficina del Alto Comisionado. Los derechos humanos y la trata de personas. Folleto informativo nº 36 Nueva York y Ginebra, 2014.

NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de autoaprendizaje. Costa Rica, 2009.

NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. Manual sobre la

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

investigación del delito de trata de personas. Guía de autoaprendizaje. Costa Rica, 2009.

NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. Comunicado de Prensa, Viena 11 diciembre 2024. Informe Mundial sobre Trata de Personadas de UNODC.

Resoluciones judiciales

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ. Sentencia nº 117 de 31 de mayo de 2024, dictada en el Procedimiento Abreviado nº 12/24. Primera condena e Extremadura por delito de trata con fines de explotación laboral.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA en Sentencia nº 320 de 25 de abril de 2024. Testigo protegida.

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA FRANCÓFONO DE BRUSELAS, 4 de noviembre de 2019, sala 69 (en rebeldía y apelación). Asunto el Dourado, Portugal, Véase Myria, Rapport annuel Traite et trafic des êtres humains 2020: Derrière des portes closes ("Informe anual de evaluación de 2020: A puerta cerrada. Trata y tráfico de seres humanos"), pp. 90-91 y la página web de Myria sobre jurisprudencia, Bruselas, 27 de junio 2022, capítulo 11.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, Sentencia nº 70 de 21 de febrero de 2024, relativa al matrimonio forzoso/servidumbre (matrimonio de una menor por el rito romaní).

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO

Karim El Marbouhe El Faqyr

Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Almería

SUMARIO: *I. Introducción. II. Cooperación internacional en la lucha contra el narcotráfico. III. La Figura de la Extradición. 1. Extradición Pasiva. 2. Extradición Activa. IV. Orden Europea de Detención y Entrega. V. Conclusiones*

RESUMEN: *El tráfico de drogas ha evolucionado hacia estructuras criminales multinacionales explotando vulnerabilidades de la soberanía penal estatal. La represión efectiva del narcotráfico constituye desafío crítico del sistema de justicia penal español e internacional, trascendiendo capacidades de respuesta aislada de cualquier Estado. Las organizaciones criminales adaptan constantemente su distribución geográfica y logística, demostrando que la persecución unilateral genera desplazamiento del delito, no su erradicación. La efectiva cooperación penal internacional constituye una necesidad funcional para cualquier estrategia represiva eficaz. El presente análisis examina instrumentos jurídicos de cooperación penal internacional, españoles, europeos e internacionales, como mecanismos esenciales para enfrentar delincuencia organizada transnacional.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años España ha experimentado un incremento significativo de la actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas. Los datos procedentes de las memorias de la fiscalía general del Estado y de la fiscalía Antidroga referentes a los años 2023-2024-2025, permiten caracterizar esta realidad como un fenómeno de envergadura creciente que trasciende las capacidades de respuesta aislada de cualquier Estado de forma autónoma. El análisis de estos indicadores proporciona justificación suficiente para entender que la erradicación o, al menos, la contención de estas prácticas criminales requiere marcos normativos que faciliten la colaboración efectiva entre sistemas legales diversos.

Durante estos años, el fenómeno del narcotráfico en España ha experimentado una mutación fundamental en los modos operativos, la sofisticación de las organizaciones criminales implicadas, la extensión territorial de sus actividades y, particularmente, el grado de internacionalización de las redes delictivas que operan en territorio español[1].

Esta realidad constata la insuficiencia de las medidas represivas aisladas de cualquier Estado individual y establece, de manera concluyente, la necesidad imperativa de marcos de cooperación penal internacional que

[1] ALCALÁ QUESADA C. Cooperación internacional penal. Una aproximación criminológica. Revista española de derecho internacional, 2022, vol. 74, no 2, p. 530-531.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

permitan la investigación coordinada, el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y la ejecución de resoluciones penales a través de fronteras estatales[2].

La Fiscalía General registró, en el ejercicio de 2024, la sustanciación de 29758 procedimientos penales por infracciones de tráfico de drogas, cifra que representa un incremento del 23,21% respecto al año inmediatamente anterior, cuando fueron registrados 23949 procedimientos. Este crecimiento revela una aceleración en los procedimientos relativos a sustancias que causan grave daño a la salud, tales como la cocaína y sustancias psicoactivas de síntesis. En esta categoría específica, el incremento alcanzó el 53,59%, pasando de 8427 procedimientos en 2023 a 12943 en 2024[3].

En base a estos datos objetivos contenidos en la Memoria de la Fiscalía, esta diferencia entre el crecimiento global y el de delitos graves constituye un síntoma diagnóstico crucial: las organizaciones criminales están aumentando no solo en número, sino, más significativamente, en gravedad de sus operaciones. Complementariamente, fueron registrados 3243 procedimientos clasificados como delitos contra la salud pública cualificados, categoría estadística que engloba infracciones agravadas por circunstancias que intensifican su naturaleza delictiva, tales como la participación en organizaciones criminales, la importación a gran escala o la distribución en proximidad a menores[4].

Las narcolanchas, embarcaciones semirrígidas de alta velocidad tradicionalmente empleadas para el transporte de hachís a través del Estrecho de Gibraltar, han expandido sus operaciones geográficas de forma dramática. Mientras que históricamente tales embarcaciones operaban exclusivamente en el espacio del Estrecho, durante dos mil veinticuatro han sido detectadas en operaciones en la costa meridional andaluza, en la costa de Huelva, penetrando incluso en la desembocadura del río Guadalquivir, río navegable que penetra en territorio interior permitiendo el desembarco de cargamentos en ubicaciones alejadas de instalaciones portuarias sometidas a vigilancia concentrada[5].

Las organizaciones criminales han incrementado, asimismo, el empleo de métodos marítimos sofisticados para el transporte transoceánico. Galicia ha constituido punto de convergencia de buques nodriza —embarcaciones mercantiles de gran eslora que transportan cargamentos desde territorios sudamericanos— desde cuyas bodegas son transferidas sustancias a embarcaciones de menor tamaño que las transportan a

---

2 SÁNCHEZ DEMELSA B. Cooperación internacional para la recuperación y restitución de activos. Las respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024, pág. 453 y ss.

3 Fiscalía General del Estado. (2025). *Memoria de la Fiscalía Especial Antidroga 2025.* Ministerio de Justicia, España.

4 Fiscalía General del Estado. (2024). *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2024: Fiscalía Especial Antidroga. 5.3.2 Procedimientos por tráfico de drogas en las Fiscalías territoriales.* Madrid: Ministerio de Justicia.

5 Fiscalía General del Estado. (2024). *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2024: Fiscalía Especial Antidroga. 5.3.3 Andalucía.* Madrid: Ministerio de Justicia.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

costa[6]. Más sofisticados aún resultan los semisumergibles, embarcaciones especializadas cuyo casco se introduce en el agua de forma que solamente la parte superior resulta visible, haciendo posible el transporte discreto de cargamentos voluminosos.

La creciente frecuencia de detección de tales embarcaciones evidencia tanto el aumento de su empleo como las capacidades incrementadas de detección por parte de autoridades españolas y europeas.

El aspecto más significativo de la evolución del fenómeno radica, sin embargo, en este grado de internacionalización que caracteriza a las investigaciones contemporáneas. La Audiencia Nacional, en su rol de órgano especializado en procedimientos de naturaleza transnacional, utilizó setenta y dos comisiones rogatorias en el año objeto de análisis, instrumento procesal que permite la ejecución de diligencias de investigación en territorios extranjeros mediante la cooperación de autoridades homólogas. Paralelamente, se iniciaron cincuenta y dos órdenes europeas de investigación, mecanismo moderno de cooperación judicial que facilita la obtención de pruebas y el despliegue de investigaciones coordinadas en el ámbito de la Unión Europea sin necesidad de trámites intermedios[7].

Estas cifras no son meramente administrativas o procedimentales sino que reflejan la realidad sustancial de que las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de sustancias operan bajo esquemas multinacionales[8].

La adquisición de cocaína requiere contactos operativos en territorios productores sudamericanos, su transporte implica eslabones logísticos en múltiples jurisdicciones, su introducción en territorio europeo supone coordinación en puertos y fronteras, y su distribución minorista conlleva operaciones en redes de comercialización que trascienden fronteras estatales[9]. Por lo tanto y en base a todos estos datos resulta relevante exponer que ninguna de estas fases delictivas es susceptible de ser abordada de manera efectiva mediante investigaciones aisladas circunscritas a la jurisdicción de un único Estado.

II. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO

Antes de abordar de manera sistemática el estudio de la Cooperación Internacional, resulta imprescindible perfilar previamente el concepto de Derecho Penal Internacional. Diversos sectores de la doctrina han intentado ofrecer una definición adecuada de esta disciplina, si bien, en opinión de este autor, la construcción

6 Fiscalía General del Estado. (2024). *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2024: Fiscalía Especial Antidroga. 5.3.5 Galicia.* Madrid: Ministerio de Justicia.

7 Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Audiencia Nacional: Memoria 2024.* Portal de Transparencia del Consejo General del Poder Judicial.

8 PORTALÉS FONTESTAD L. Consideraciones acerca de la aplicación de la IA en la cooperación judicial penal internacional. *Ius et Scientia*, 2023, vol. 9, no 2, págs. 10-26.

9 JIMÉNEZ-GARCÍA, W.G. Conflictos híbridos y globalización desviada: el tráfico de cocaína hacia Europa como reconfiguración criminal del orden global. En Ciencias Sociales 2025. Págs. 7-11.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

más acabada es la formulada por Cherif Bassiouni[10], quien lo describe como *la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estrategias empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes*.

En términos de D. Luis Román Puerta, Magistrado del Tribunal Supremo[11], *la internacionalización del Derecho se manifiesta en una doble línea convergente: la de los acuerdos internacionales - bilaterales y multilaterales - y la de la legislación interna de proyección internacional, que plantean frecuentes problemas de no fácil solución, por la reconocida vigencia del principio de territorialidad en el campo de la jurisdicción - en cuanto manifestación de la soberanía de los Estados - que determina el carácter excepcional de la jurisdicción extraterritorial*.

Esta reflexión pone de relieve cómo la expansión internacional del Derecho penal se ve condicionada por la tensión entre la soberanía estatal y las exigencias de una respuesta penal más allá de las fronteras, lo que explica el carácter extraordinario de los supuestos de jurisdicción penal extraterritorial.

El análisis de los patrones de circulación de sustancias ilícitas identifica redes de distribución que trascienden cualquier frontera. La cocaína, que ingresa a través de los puertos atlánticos españoles, es producida en territorios bajo control de organizaciones criminales con base operativa en Ecuador, Colombia y Perú[12]. El hachís que se intercepta en el Estrecho de Gibraltar procede de operaciones de cultivo y procesamiento localizadas en Marruecos. Los precursores químicos utilizados en laboratorios clandestinos para la síntesis de sustancias psicoactivas provienen de proveedores ubicados en jurisdicciones asiáticas y europeas del Este[13].

Esta arquitectura transnacional de la criminalidad implica que los eslabones operativos localizados en territorio español forman parte de cadenas de valor que se extienden a lo largo de continentes[14]. La interrupción de cualquiera de estos eslabones requiere, como condición necesaria, la efectiva colaboración de autoridades judiciales competentes en territorios remotos desde la perspectiva de la jurisdicción española,

10 CHERIF BASSIOUNI El Derecho Penal Internacional. Historia, objeto y contenido. Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales, 1982.

11 Consejo General del Poder Judicial Escuela Judicial, Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho judicial, N XIII, 2003.

12 JIMÉNEZ-GARCÍA, W.G. Conflictos híbridos y globalización desviada: el tráfico de cocaína hacia Europa como reconfiguración criminal del orden global. En Ciencias Sociales 2025. Pág. 12.

13 LÓPEZ, REYES J.I. Reseña de jurisprudencia sala 2ª Tribunal Supremo. Logos Guardia Civil, Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil, 2025, no 4, págs. 383-414.

14 CARPIO LUVIN C. La criminalidad organizada transnacional: enfoques legales y cooperación internacional. Polo del Conocimiento, 2024, vol. 9, no 5, págs. 1974-1993.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

autoridades que operan bajo principios legales diversos, según protocolos procedimentales distintos, y dentro de marcos normativos que pueden no coincidir con los españoles[15].

La convergencia de estas realidades, la magnitud cuantitativa del fenómeno, la intensificación de la represión necesaria para contenerlo, la diversificación geográfica de las actividades delictivas, el incremento de la complejidad investigativa, el crecimiento de los delitos conexos como el blanqueo de capitales, y la naturaleza intrínsecamente transnacional de las organizaciones criminales, constituye justificación irrefutable de la necesidad de instrumentos jurídicos que faciliten la cooperación penal internacional[16].

Las legislaciones internas de los Estados, por sofisticadas que sean en su diseño y rigurosas en su aplicación, resultan insuficientes cuando operan de manera aislada. La extradición tradicional, aunque sigue siendo relevante, requiere complementación mediante mecanismos que permitan investigaciones coordinadas, reconocimiento automático de decisiones judiciales entre Estados miembros de la Unión Europea, intercambio dinámico de información entre autoridades judiciales, y ejecución de resoluciones penales en territorios distintos a aquellos donde fueron dictadas[17].

El espíritu de establecer una cooperación entre los Estados a nivel internacional nace en la universalización de las relaciones humanas y de la existencia de un espacio libre común de circulación[18].

Para abordar mejor esta cooperación internacional resulta necesario asentarla dentro del marco normativo de nuestro Ordenamiento jurídico interno. Desde esta perspectiva, decir que en el ordenamiento español la cooperación internacional aparece recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial en los artículos 273 a 278.

Los artículos más significativos en arras al espíritu de este trabajo son[19]:

- Artículo 276: *Las peticiones de cooperación internacional se tramitarán de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas que resulten de aplicación*.
- Artículo 277: *Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo*

15 FERNÁNDEZ HUAMAN, E., VERAMENDI ALHUAY, G., ALCÁNTARA RUFASTO, J. C., & REJAS DE LA PEÑA, A. F. Prospectiva en la Lucha Contra la Criminalidad Internacional. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, 2025, págs. 78 y ss.

16 MARTÍNEZ CASTILLO, D. Derecho Penal y Globalización: Cooperación Penal Internacional. *Cuadernos de Derecho Penal*, 2023, no 29, pág. 12-16.

17 SÁNCHEZ DEMELSA B. Cooperación internacional para la recuperación y restitución de activos. Las respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024, pág. 453 y ss.

18 GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *La cooperación penal internacional en materia de narcotráfico: Instrumentos y eficacia en el ordenamiento jurídico español*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2023.

19 Vid. Artículo 276 y 277 redactados por el apartado treinta y nueve del artículo único de la LO. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» 22 julio). *Vigencia: 1 octubre 2015.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre esta materia.

Sin embargo, esta cooperación no es universal y absoluta, sino que nuestro propio ordenamiento asienta unos extremos para poder denegarla, siendo estos[20]:

1º. Cuando el objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público.

2º. Cuando el proceso de que dimane la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española.

3º. Cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En tal caso, ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informando de ello a la autoridad judicial requirente.

4º. Cuando la solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos mínimos exigidos por las leyes para su tramitación.

Es en este contexto donde la cooperación penal internacional no constituye una opción normativa discrecional, sino un imperativo funcional derivado de la propia naturaleza de la criminalidad que se busca reprimir.

Los siguientes apartados del presente análisis se dedican a examinar los instrumentos jurídicos que, tanto en el plano nacional como en el internacional, han sido desarrollados con el propósito de facilitar esta cooperación, evaluando su eficacia, sus limitaciones, y las vías de optimización que pueden contribuir a intensificar la represión del narcotráfico mediante mecanismos de colaboración transnacional.

III. LA FIGURA DE LA EXTRADICIÓN

La extradición constituye un mecanismo de colaboración entre ordenamientos jurídicos nacionales mediante el cual una persona es trasladada de un territorio estatal a otro, con la finalidad de que sea sometida a procedimientos de naturaleza penal o de que cumpla las consecuencias jurídicas que le hayan sido impuestas por autoridades competentes[21]. No se trata meramente de un acto de entrega, sino de un acto de reconocimiento de la competencia jurisdiccional de otro Estado y de la aceptación de sus sistemas de justicia como válidos y dignos de respeto[22]. En esencia, la extradición refleja la aceptación por parte de la comunidad

[20] Vid. Artículo 278 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

[21] GÓMEZ CAMPELO E. Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español. *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, 2005.

[22] SÁNCHEZ GARCÍA A. Principios y fundamentos de la extradición. *Tax legal advisory review: La revista para el mundo económico-empresarial* 12, 2025, 8-14.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

internacional de que las fronteras políticas no pueden constituir un refugio para quienes han incurrido en responsabilidad criminal[23]. Presupone la existencia simultánea de dos elementos indispensables: la identificación de un sujeto cuya conducta ha generado responsabilidad penal en alguna jurisdicción, y la determinación de una autoridad estatal que ostente la legitimidad procesal para ejercer funciones jurisdiccionales respecto de ese sujeto[24]. Se configura, por tanto, como una institución que transciende el concepto tradicional de soberanía absoluta, permitiendo que los Estados se ceda mutuamente el ejercicio de potestades punitivas, siempre que se respeten ciertos estándares mínimos de reciprocidad, garantías procesales y protección de derechos fundamentales[25]. La extradición es, en consecuencia, un acto de soberanía compartida, donde cada Estado reconoce limitaciones voluntarias a su poder territorial en beneficio de la persecución eficaz de la criminalidad transnacional[26].

El ordenamiento constitucional español ha establecido un régimen específico para la materia de extradición, reconociendo tanto su necesidad como la exigencia de someter su ejercicio a límites precisos que protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos[27]. Nuestra Constitución de 1978 dedica atención explícita a esta cuestión mediante el artículo 13, apartado 3, fijando las directrices que han de guiar cualquier decisión en este ámbito[28]. La previsión constitucional contempla que la entrega de personas a otras jurisdicciones únicamente procederá cuando concurran determinadas circunstancias tasadas y cuando la misma sea autorizada por los instrumentos jurídicos pertinentes, ya sean tratados internacionales previamente suscritos o normas de rango legal que regulen la materia. Adicionalmente, se ha incorporado el requisito de la reciprocidad como garantía de protección, entendiendo que la colaboración internacional debe ser mutuamente vinculante y que un Estado no puede exigir lo que a su vez no está dispuesto a conceder[29].

Un aspecto particularmente relevante de esta regulación constitucional es la mención específica de supuestos de exclusión; donde el apartado tercero del artículo 13 reconoce la existencia de categorías de infracciones

23 SÁNCHEZ DÍAZ D.I. *La Extradición en la comunidad internacional y en el Ecuador*. BS thesis. Quito: Universidad de las Américas, 2013, 22-26.

24 ITXASO ELÓSEGUI M. La reciente jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de extradición: un cambio de tendencia significativo. *Revista General de Derecho Europeo* 61, 2023, 8.

25 RIEZU CUERDA A. La extradición y la orden europea de detención y entrega. Revista Boliviana de Derecho 1, 2006, 85-100.

26 OJEDA TORRES M.J. La no extradición o extradición facultativa de los nacionales: Análisis de la aplicación del principio aut dedere aut judicare. Revista jurídica. Investigación en ciencias jurídicas y sociales 1.11 (2021): 123-146.

27 TREMPS PÉREZ P, SAIZ ARNÁIZ A, MONTESINOS PADILLA C. Comentario a la constitución española: 40 aniversario 1978-2018: libro-homenaje a Luis López Guerra. Tirant lo Blanch, 2018.

28 HERRERA PALOMARES M. Constitución Española Comentada. Especial 45º Aniversario. Dykinson, 2024.

29 CASAS BAAMONDE, M.E, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Comentarios a la Constitución Española: XL aniversario 2018 - BOE -Boletín Oficial del Estado.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

respecto de las cuales la extradición resulta improcedente, partiendo de la premisa de que ciertos actos, por su naturaleza política, merecen un tratamiento diferenciado que respete el derecho de asilo[30].

La extradición representa una institución de cooperación bilateral mediante la cual un Estado, respetando su soberanía territorial, accede voluntariamente a entregar a un sujeto a otro Estado que ostenta interés jurisdiccional respecto de este[31]. Su naturaleza jurídica se sitúa en el punto de intersección entre el derecho penal, el derecho procesal y el derecho internacional público, configurándose como un procedimiento rigurosamente reglamentado por normas de rango legal y disposiciones convencionales que vinculan a los Estados[32]. La extradición comporta una limitación de la soberanía, pero una limitación consentida y regulada, en la medida en que cada Estado, al suscribir tratados internacionales de extradición, realiza una opción política consciente de subordinarse a reglas convencionales que restringen su capacidad de decisión unilateral, aunque conserva el poder de establecer condiciones, salvaguardas y excepciones que protejan sus intereses fundamentales y los derechos de sus ciudadanos[33].

Para que la extradición sea procedente, deben concurrir de manera simultánea e ineludible una serie de elementos que actúan como presupuestos indispensables: la existencia de un sujeto identificado cuya conducta haya generado responsabilidad penal; la concurrencia de un acto u omisión que constituya delito conforme a la normativa penal del Estado requirente; la existencia de una autoridad judicial competente en el Estado requirente que haya dictado una decisión sobre la responsabilidad penal del sujeto reclamado; la relación de base normativa entre los dos Estados involucrados, derivada de tratados internacionales o de principios generales del derecho internacional; y finalmente, el cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales que la normativa interna y convencional establezcan. Estos elementos, conjuntamente considerados, garantizan que la decisión de extradición se adopte conforme a criterios de legalidad sustantiva y procesal[34].

1. Extradición pasiva

La extradición pasiva constituye el procedimiento mediante el cual autoridades de un Estado extranjero solicitan a España la entrega de una persona presente en territorio español para someterla a procedimiento

30 FERRÁ CALAFELL V.J. Joan Oliver Araujo y Agustín Ruiz Robledo (dirs.).: Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario". Anuario iberoamericano de justicia constitucional 26, 2022, 369-381.

31 BLANCO CORDERO, I., et al. Cooperación jurídica internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Revista Jurídica de Castilla y León, 2022, pág. 169 y ss.

32 MARTÍNEZ CASTILLO, D. Derecho Penal y Globalización: Cooperación Penal Internacional. *Cuadernos de Derecho Penal*, 2023, no 29, pág. 12-16.

33 PORTALÉS FONTESTAD L. Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega. Estudios penales y criminológicos 41, 2021, 137-187.

34 BERGMAN TELLECHEA E. Consideraciones acerca del panorama de la cooperación penal internacional en el ámbito del MERCOSUR. Parámetros, diligenciamiento, causales de denegación. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 2021, no 27, págs. 196-218.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

penal o para que cumpla una pena impuesta. Se trata de un acto de reconocimiento de competencia jurisdiccional de otro Estado, diferenciándose de expulsiones o deportaciones en que presupone necesariamente la existencia de un procedimiento penal previo dictado por autoridades judiciales del Estado requirente. A través de esta institución, España reconoce que la conducta del reclamado es delictiva conforme a su ordenamiento punitivo y que la persecución en el Estado requirente es legítima y conforme a estándares de legalidad internacional[35].

El requisito fundamental para la procedencia de la extradición pasiva es que exista una relación normativa entre España y el Estado requirente. El artículo 3 de la Ley de Extradición Pasiva, establece que la extradición únicamente procederá cuando la petición sea realizada por un Estado con el cual España mantenga tratado internacional aplicable, o cuando sea miembro de la Unión Europea canalizando la solicitud mediante Orden Europea de Detención y Entrega. En ausencia de estos supuestos, la extradición podría proceder excepcionalmente conforme al principio de reciprocidad[36].

El artículo 4 de esta ley exige el cumplimiento del principio de doble incriminación, estableciendo que la extradición no procederá cuando los hechos no constituyan delito conforme al ordenamiento punitivo español. La calificación jurídica del Estado requirente es irrelevante; lo determinante es que los hechos sean constitutivos de delito conforme a ley española[37]. Simultáneamente, el artículo 5 de la ley de extradición requiere un estándar mínimo de gravedad, estableciendo que únicamente pueden ser objeto de extradición delitos susceptibles de castigo con pena privativa de libertad superior a un año[38].

Esta ley introduce un requisito procedimental cardinal: la persona cuya extradición es solicitada debe estar siendo procesada en el Estado requirente o haber sido condenada por sentencia firme; convirtiéndose esta exigencia en una garantía para que la extradición no sea utilizada como mecanismo de represión arbitraria, sino únicamente cuando existe base procesal genuina. La resolución que acredite la base procesal debe ser transmitida acompañando la solicitud formal, permitiendo verificación por autoridades españolas[39]. Una garantía judicial y de defensa para los encausados; la ley de extradición establece que la solicitud debe presentarse ante el Ministerio de Justicia, que actúa como filtro de legalidad verificador de los requisitos formales; remitiéndose al Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional el expediente de extradición, donde la persona reclamada goza de derecho de defensa letrada; atribuyéndole finalmente a la

35 OLLÉ SESÉ M. Reseña del libro: Procedimiento de extradición pasiva. Doctrina y jurisprudencia, de Carlos Miguel Bautista Samaniego. *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES* 1/2020, 2020, 1119-1123.

36 Vid. Articulo 3 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

37 Vid. Articulo 4 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

38 Vid. Articulo 5 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

39 LÓPEZ E. La Extradición Pasiva En España: Análisis Crítico De La Ley 4/1985 Y Propuesta De Reforma. Diario La Ley 10836 (2025): 3.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Sala de lo Penal competencia para pronunciarse definitivamente sobre procedencia de extradición mediante auto fundamentado[40].

La Ley de Extradición Pasiva prescribe que la extradición será denegada cuando la persona sea ciudadano español, salvo consentimiento expreso, reflejando el principio de no entrega de nacionales. Asimismo, la extradición será denegada cuando los hechos constituyan delito político, con salvedad expresa de actos terroristas, y cuando exista riesgo fundado de tortura, pena de muerte o tratos inhumanos o degradantes en el Estado requirente[41]; reservándose también criterios de denegación cuando concurra prescripción conforme a legislación española, o causa juzgada, encarnando el principio *ne bis in idem*[42].

2. Extradición activa

La extradición activa constituye el procedimiento mediante el cual un órgano judicial español que conoce de una causa penal solicita formalmente a otro Estado la entrega de una persona que se encuentra en territorio extranjero[43]. A diferencia de la extradición pasiva, en la que España actúa como Estado requerido, en la modalidad activa España asume el papel de Estado requirente, siendo competente para formular la solicitud conforme a los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en los tratados internacionales vigentes, con la finalidad de conseguir que la persona investigada o condenada sea trasladada a territorio español para ser enjuiciada o para que cumpla la pena que le haya sido impuesta mediante sentencia firme[44].

El artículo 825 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece como requisito previo indispensable que se haya dictado un auto motivado de prisión provisional contra la persona cuya extradición es solicitada, o alternativamente que haya recaído sentencia firme de condena, requisito que actúa como presupuesto de admisibilidad garantizando que la solicitud se formula únicamente cuando exista una base procesal genuina[45]. La resolución que acredita el auto de prisión o la sentencia firme debe ser fundamentada, esto es, debe contener un razonamiento detallado de los hechos investigados y de su tipificación conforme a las normas penales aplicables, permitiendo así que el Estado requerido verifique la legalidad interna de la solicitud[46].

---

40 Vid. Articulo 10,11 y 12 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

41 OLLÉ SESÉ M. Reseña del libro: Procedimiento de extradición pasiva. Doctrina y jurisprudencia, de Carlos Miguel Bautista Samaniego. *anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/2020, 2020, 1119-1123.

42 Vid. Articulo 2 y 3 bis Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

43 SOTO IDARMIS K. La extradición. Apreciaciones teóricas desde la perspectiva del derecho internacional contemporáneo. *Revista de Derecho Internacional* 16.16, 2017, 6.

44 CEPEDA PÉREZ A. I. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España. Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal 3.1, 2015, 3.

45 Vid. Artículo 825 REAL DECRETO de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882.

46 GONZÁLEZ CEZÓN C. Derecho extradicional. Vol. 6. Librería-Editorial Dykinson, 2003.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

El artículo 826 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece el ámbito de aplicación de la extradición activa, permitiendo la solicitud respecto de nacionales españoles que habiendo delinquido en territorio nacional se hayan refugiado en país extranjero, respecto de nacionales españoles que habiendo cometido delitos contra la seguridad exterior del Estado se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron, y respecto de ciudadanos extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en país que no sea el suyo, mientras que el artículo 827 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal precisa los criterios para determinar cuándo es procedente formular la solicitud, remitiendo a los tratados internacionales vigentes con el Estado requerido, a los principios generales del derecho internacional en defecto de tratado, e invocando subsidiariamente el principio de reciprocidad como fundamento cuando los anteriores criterios no resultan aplicables[47].

El artículo 828 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye competencia para formular la solicitud de extradición al órgano judicial que está conociendo del procedimiento penal en el cual se ha determinado la responsabilidad penal del sujeto cuya entrega se solicita, siendo esta asignación de competencia una garantía de que la decisión de solicitar extradición está íntimamente vinculada al conocimiento de los hechos investigados y evitando desconexiones entre la petición y el procedimiento subyacente, mientras que el artículo 829 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el tribunal podrá acordar de oficio o a instancia de parte, en resolución fundada, solicitar la extradición desde el momento en que por el estado del procedimiento y por su resultado sea procedente conforme a lo establecido en los artículos anteriores[48].

El procedimiento de extradición activa se estructura en dos fases sucesivas donde en la primera fase judicial el tribunal competente dicta una resolución fundamentada solicitando la extradición y especificando los delitos por los cuales se formula la petición, acompañando documentación que justifique la procedencia de la solicitud[49], mientras que en la segunda fase gubernativa la petición judicial es formalizada y dirigida al Ministerio de Justicia a través del presidente de la Audiencia competente, siendo cursada posteriormente a través de canales diplomáticos hacia el Estado requerido, salvo que el tratado aplicable autorice presentación directa, permitiendo así que esta estructura bifásica asegure que se respeten tanto los requisitos de legalidad interna como los procedimientos internacionales establecidos en tratados vigentes[50].

---

47 Vid. Artículo 826 y 827 REAL DECRETO de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882.

48 Vid. Artículo 828 y 829 REAL DECRETO de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882.

49 PÉREZ TORRES M. EUROJUST, veinte años de compromiso por la cooperación judicial penal en Europa. El futuro de la Agencia ante la guerra en Ucrania. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2022, no 44, pág. 7.

50 RAMOS ORTELLS M. Condena en ausencia, defensa efectiva del acusado presente y extradición para cumplimiento de condena. Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez. Atelier, 2018.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

IV. ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

La Orden Europea de Detención y Entrega, comúnmente conocida como Euroorden, constituye un mecanismo de cooperación penal internacional que ha revolucionado los procedimientos de extradición en el ámbito de la Unión Europea, permitiendo que una autoridad judicial de un Estado miembro solicite la detención y entrega de una persona que se encuentra en territorio de otro Estado miembro de manera significativamente más ágil y eficiente que los procedimientos tradicionales de extradición[51]. Se trata de un instrumento basado en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales entre Estados miembros, operando sobre la premisa fundamental de que existe suficiente confianza en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros para prescindir de ciertos controles y salvaguardas que caracterizaban los procedimientos de extradición clásicos[52]. La Euroorden se configura como una decisión judicial, no como una solicitud diplomática, marcando así una diferencia substancial respecto de la extradición tradicional y reflejando un nivel de integración jurídica particularmente avanzado en el contexto europeo[53].

El fundamento normativo de la Orden Europea de Detención y Entrega se encuentra en la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de la Unión Europea de trece de junio de dos mil dos, relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, siendo este instrumento jurídico internacional el que establece el marco regulatorio básico para la aplicación de la Euroorden en todos los Estados miembros[54]. La prevalencia jerárquica de la normativa europea sobre la normativa interna de extradición significa que cuando concurren los presupuestos para la aplicación de la Euroorden, ésta debe ser aplicada preferentemente frente al procedimiento tradicional de extradición pasiva regulado en la Ley de Extradición Pasiva[55].

La Orden Europea de Detención y Entrega se caracteriza fundamentalmente por ser un mecanismo de reconocimiento mutuo que opera mediante una resolución judicial dictada por un Estado miembro con la finalidad de que se detenga y entregue una persona que se encuentra en otro Estado miembro para el ejercicio

---

51 BULNES, MAR J. La orden de detención europea como instrumento procesal en la lucha contra el terrorismo. *Unión Europea Aranzadi* 12, 2020, 111-152.

52 MARTÍN-GRANIZO MARTÍNEZ, J. Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega a la luz de la última jurisprudencia nacional y europea, 2024.

53 SÁNCHEZ-ARJONA, M.L. La Orden Europea de detención y entrega tras la Ley 3/2018, de 11 de junio: un avance en garantías procesales. *Revista General de Derecho Procesal* 47, 2019, 6.

54 PORTALÉS FONTESTAD L. Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega. *Estudios penales y criminológicos* 41, 2021, 137-187.

55 GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *La cooperación penal internacional en materia de narcotráfico: Instrumentos y eficacia en el ordenamiento jurídico español*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2023.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, incluyendo medidas de internamiento en centros de menores[56].

La Euroorden se materializa en un documento estandarizado, específicamente un formulario unificado que debe cumplimentarse conforme a modelo establecido por la normativa europea, prescindiendo de la necesidad de acompañar documentación complementaria adicional que era característica de los procedimientos de extradición tradicionales[57]. Este carácter estandarizado y simplificado constituye una de las ventajas más significativas de la Euroorden, permitiendo una tramitación considerablemente más rápida y eficiente comparada con los antiguos procedimientos de extradición que requerían la remisión de amplios expedientes judiciales acompañando la solicitud[58].

La Euroorden presenta una doble faceta operacional, distinguiéndose entre la emisión de órdenes europeas de detención y la ejecución de estas en territorio de otro Estado miembro, correspondiendo a las autoridades judiciales españolas competencia tanto para emitir órdenes europeas cuando un delincuente se encuentra en otro Estado miembro, como para ejecutar órdenes que reciba de autoridades judiciales de otros Estados miembros cuando el reclamado se encuentre en territorio español[59].

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional la competencia para ejecutar órdenes europeas de detención y entrega recibidas de otros Estados miembros, así como faculta a los jueces y tribunales penales competentes para emitir órdenes europeas cuando la persona cuya detención se reclama se encuentra en otro Estado miembro de la Unión Europea; donde esta distribución de competencias asegura que tanto la emisión como la ejecución de órdenes europeas se encuentra bajo supervisión judicial, garantizando así el respeto de estándares de legalidad y de protección de derechos fundamentales[60].

La Orden Europea de Detención y Entrega requiere para su procedencia la concurrencia de ciertos requisitos materiales que, aunque menos exigentes que los de la extradición tradicional, siguen garantizando ciertos estándares mínimos de legalidad y respeto a derechos fundamentales[61]. El requisito fundamental es que la

56 GARCÍA ARENAS R. Orden europea de detención y entrega y defensa del orden constitucional de los Estados miembros de la UE. *Araucaria* 53.2, 2023, 357-381.

57 BACHMAIER, L. Orden Europea de Detención y Entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont. *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, 2018, 29.

58 RUIZ TARRIAS, S. La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2019.

59 RUZ GUTIÉRREZ, P.R. La orden europea de detención y entrega: banco de pruebas del principio de reconocimiento mutuo. *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, 2020, 193-234.

60 SÁNCHEZ-ARJONA, M.L. La Orden Europea de detención y entrega tras la Ley 3/2018, de 11 de junio: un avance en garantías procesales. *Revista General de Derecho Procesal* 47, 2019, 6.

61 MARTÍN-GRANIZO MARTÍNEZ, J. Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega a la luz de la última jurisprudencia nacional y europea., 2024.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

persona cuya detención se reclama esté siendo procesada en el Estado emisor por delitos específicos o haya sido condenada por sentencia firme, siendo irrelevante la gravedad exacta del delito cuando se trata de hechos incluidos en listados específicos establecidos en la normativa europea, donde para estos delitos predeterminados basta con que la pena sea de duración igual o superior a tres años para que proceda la entrega sin necesidad de verificar la correspondencia típica con la legislación española[62].

Para otros hechos delictivos, es preciso que el hecho sea constitutivo de delito conforme a la legislación española, aplicándose en estos casos el principio tradicional de doble incriminación, asegurando que la conducta sea perseguible tanto en el Estado emisor como en España[63].

Recibida una Orden Europea de Detención y Entrega en España, su tramitación corresponde a la autoridad judicial de ejecución, que es el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. El Ministerio de Justicia, como Autoridad Central, puede prestar auxilio y apoyo de carácter práctico y administrativo en la transmisión y comunicaciones, sin asumir un control decisorio sobre la ejecución. Localizada la persona reclamada, se procede a su detención conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en un plazo máximo de 72 horas, se le pone a disposición del Juzgado Central de Instrucción, celebrándose audiencia con asistencia del Ministerio Fiscal, abogado y, en su caso, intérprete. En dicha tramitación, la persona reclamada puede consentir la entrega o, si no consiente, celebrarse vista para alegar y acreditar las causas tasadas de denegación o condicionamiento previstas en la normativa aplicable[64].

La Orden Europea de Detención y Entrega puede ser denegada únicamente en supuestos específicamente tasados que son considerablemente más limitados que las causas de denegación de la extradición pasiva tradicional, reflejando así el nivel de confianza mutua que existe entre Estados miembros de la Unión Europea[65]. La denegación procede cuando la persona reclamada hubiera sido ya juzgada definitivamente por los mismos hechos con condena ejecutada, cuando la Euroorden se refiera a delitos cometidos fuera del territorio del Estado emisor que no son perseguibles extraterritorialmente conforme a legislación española, cuando la persona sea nacional del Estado de ejecución y la ley del Estado emisor requiera que se cumpla la pena en territorio nacional salvo consentimiento del condenado, cuando hubiera operado la prescripción conforme a legislación española, o cuando exista riesgo fundado de sometimiento a tortura, pena de muerte o

62 BULNES, MAR J. La orden de detención europea como instrumento procesal en la lucha contra el terrorismo. *Unión Europea Aranzadi* 12, 2020, 111-152.

63 LIROLA-DELGADO, M. I., MAGDALENA MARTÍN-MARTÍNEZ M. La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea, 2004.

64 RUBIO GAVILÁN M. La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega. *Anuario jurídico y económico escurialense* 47, 2014, 189-207.

65 HERNÁN CEDEÑO M. La protección de la nacionalidad o residencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Justicia Civil y Derechos Fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid, 2020.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

tratos inhumanos o degradantes[66]. Significativamente, la Euroorden no puede ser denegada basándose en que los hechos constituyan delito político, ni tampoco pueden establecerse nuevas causas de denegación no contempladas explícitamente en la normativa aplicable, contraste muy notable con la extradición tradicional donde existían mayores espacios de discrecionalidad[67].

La supremacía de la Orden Europea de Detención y Entrega sobre el procedimiento tradicional de extradición pasiva en el ámbito de la Unión Europea ha transformado radicalmente la cooperación penal entre Estados miembros, permitiendo una persecución considerablemente más efectiva de la delincuencia transnacional al reducir significativamente los tiempos de tramitación y los obstáculos procedimentales que caracterizaban los sistemas anteriores[68]. Los plazos máximos de ejecución de una Euroorden son sustancialmente más breves que los antiguos procedimientos de extradición, estableciéndose que la detención debe realizarse en el plazo más breve posible, que la comparecencia ante el órgano judicial debe celebrarse en plazo no superior a noventa y seis horas, y que la decisión sobre procedencia de la entrega debe adoptarse dentro de plazos tasados y considerablemente más reducidos que los procedimientos tradicionales[69]. Este funcionamiento más ágil de la Euroorden, acompañado del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre Estados miembros, ha permitido que la cooperación penal en el ámbito europeo alcance cotas de eficiencia que hubieran sido impensables bajo los antiguos sistemas de extradición basados en solicitudes diplomáticas y en controles de legalidad múltiples y superpuestos.

V. CONCLUSIONES

La cooperación penal internacional constituye un imperativo funcional ineludible en la represión del narcotráfico contemporáneo. Los datos procedentes de la Fiscalía General del Estado durante el período 2023-2025 demuestran fehacientemente que el crecimiento acelerado del fenómeno delictivo - particularmente el incremento del 53,59% en procedimientos relativos a sustancias de grave repercusión sanitaria- trasciende las capacidades represivas de cualquier Estado actuando de manera aislada. La arquitectura transnacional de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de sustancias impone cadenas de responsabilidad jurisdiccional que se extienden a lo largo de múltiples territorios estatales, reclamando necesariamente

66 PORTALÉS FONTESTAD L. Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega. *Estudios penales y criminológicos* 41, 2021, 137-187.

67 OLIVEROS HERNÁNDEZ J.C. Prisión provisional y Orden Europea de Detención. *Revista de Estudios Europeos* Extraordinario monográfico 1 (2023): 145-169.

68 HERNÁN CEDEÑO M. La protección de la nacionalidad o residencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Justicia Civil y Derechos Fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid, 2020.

69 GARCÍA ARENAS R. Orden europea de detención y entrega y defensa del orden constitucional de los Estados miembros de la UE. *Araucaria* 53.2, 2023, 357-381.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

investigación coordinada, reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, y ejecución de resoluciones penales mediante mecanismos que superen las limitaciones de los procedimientos tradicionales.

La extradición tradicional (pasiva y activa) continúa siendo un mecanismo esencial en contextos de cooperación bilateral con Estados extracomunitarios, particularmente con jurisdicciones latinoamericanas donde se originan los principales cargamentos de cocaína. Sin embargo, presenta limitaciones estructurales que no pueden ser eliminadas mediante reforma normativa aislada: tiempos de tramitación prolongados que en supuestos de cierta complejidad se extienden a dieciocho o veinticuatro meses; existencia de causas tasadas de denegación que, aunque justificadas en la protección de derechos fundamentales, pueden impedir la extradición de sujetos claramente responsables de graves infracciones; y persistencia en ciertos ordenamientos latinoamericanos de prohibiciones constitucionales sobre extradición de nacionales que limitan la capacidad represiva de España cuando el sujeto reclamado es ciudadano del Estado requerido.

La Orden Europea de Detención y Entrega ha transformado radicalmente la cooperación penal en el ámbito de la Unión Europea mediante simplificación procesal mediante utilización de formulario estandarizado, reducción drástica de plazos de tramitación mediante establecimiento de límites temporales tasados, y minimización de obstáculos procedimentales que caracterizaban los antiguos sistemas de extradición. No obstante, su aplicabilidad se circunscribe estrictamente al espacio de la Unión Europea, resultando inaplicable respecto a territorios sudamericanos y africanos donde se origina la mayor parte de la cocaína traficada hacia territorio europeo, limitando de facto su contribución a la represión integral del fenómeno.

Aunque los mecanismos de cooperación penal internacional resultan indispensables, su efectividad presenta limitaciones estructurales que no pueden ser superadas mediante optimización normativa aislada. Las organizaciones criminales adaptan constantemente sus metodologías operativas -empleando criptomonedas en blanqueo de capitales, comunicaciones encriptadas, y laboratorios clandestinos en territorios de difícil acceso- erosionando la efectividad de mecanismos tradicionales de persecución.

Por consiguiente, la represión efectiva del narcotráfico requiere aproximación integrada que coordine simultáneamente múltiples dimensiones: cooperación investigativa operativa mediante *Joint Investigation Teams*, coordinación financiera en materia de blanqueo de capitales, operativos de interdicción marítima con despliegue de recursos navales y aéreos, e intensificación de diálogo diplomático con territorios productores orientado a fortalecer capacidades investigativas locales.

La optimización de instrumentos de cooperación penal internacional, aunque constituye necesidad ineludible, resulta insuficiente por sí sola. La contención efectiva del narcotráfico en territorio español exige visión estratégica integrada que active de manera coordinada todos los instrumentos jurídicos, operativos, financieros disponibles al ordenamiento español y al marco institucional de la Unión Europea.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ QUESADA C. Cooperación internacional penal. Una aproximación criminológica. Revista española de derecho internacional, 2022, vol. 74, nº 2.

ALONSO MOREDA N. La orden europea de detención y entrega: estado de la cuestión. La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, 2016.

ÁNGELO LUCIO A. Marco teórico: el derecho penal internacional y la cooperación internacional·. Ecosistemas financieros y organizaciones empresariales: Entornos esenciales para prevenir la corrupción, 2024.

BACHMAIER, L. Orden Europea de Detención y Entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont. Cooperar y castigar: el caso Puigdemont, 2018.

BERGMAN TELLECHEA E. Consideraciones acerca del panorama de la cooperación penal internacional en el ámbito del MERCOSUR. Parámetros, diligenciamiento, causales de denegación. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, 2021, nº 27.

BLANCO CORDERO, I., et al. Cooperación jurídica internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Revista Jurídica de Castilla y León, 2022.

BULNES, MAR J. La orden de detención europea como instrumento procesal en la lucha contra el terrorismo. Unión Europea Aranzadi 12, 2020.

CARPIO LUVIN C. La criminalidad organizada transnacional: enfoques legales y cooperación internacional. Polo del Conocimiento, 2024, vol. 9, nº 5.

CASAS BAAMONDE, M.E, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Comentarios a la Constitución Española: XL aniversario 2018 - BOE -Boletín Oficial del Estado.

CEPEDA PÉREZ A. I. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España. Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal 3.1, 2015.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2024). Audiencia Nacional: Memoria 2024. Portal de Transparencia del Consejo General del Poder Judicial.

FERNÁNDEZ HUAMAN, E., VERAMENDI ALHUAY, G., ALCÁNTARA RUFASTO, J. C., & REJAS DE LA PEÑA, A. F. Prospectiva en la Lucha Contra la Criminalidad Internacional. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, 2025.

FERRÁ CALAFELL V.J. Joan Oliver Araujo y Agustín Ruiz Robledo (dirs.).: Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario. Anuario iberoamericano de justicia constitucional 26, 2022.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2024). Memoria de la Fiscalía General del Estado 2024: Fiscalía Especial Antidroga. 5.3.5 Galicia. Madrid: Ministerio de Justicia.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2025). Memoria de la Fiscalía Especial Antidroga 2025. Ministerio de Justicia, España. Disponible en: https://www.fiscal.es

GARCÍA ARENAS R. Orden europea de detención y entrega y defensa del orden constitucional de los Estados miembros de la UE. Araucaria 53.2, 2023.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., La cooperación penal internacional en materia de narcotráfico: Instrumentos y eficacia en el ordenamiento jurídico español, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2023.

GÓMEZ CAMPELO E. Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español. Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español, 2005.

GONZÁLEZ CEZÓN C. Derecho extradicional. Vol. 6. Librería-Editorial Dykinson, 2003.

HERNÁN CEDEÑO M. La protección de la nacionalidad o residencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Justicia Civil y Derechos Fundamentales. Universidad Complutense de Madrid, 2020.

HERRERA PALOMARES M. Constitución Española Comentada. Especial 45º Aniversario. Dykinson, 2024.

ITXASO ELÓSEGUI M. La reciente jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de extradición: un cambio de tendencia significativo. Revista General de Derecho Europeo 61, 2023.

JIMÉNEZ-GARCÍA, W.G. Conflictos híbridos y globalización desviada: el tráfico de cocaína hacia Europa como reconfiguración criminal del orden global. En Ciencias Sociales 2025.

LEY ORGÁNICA 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

LIROLA-DELGADO, M. I., MAGDALENA MARTÍN-MARTÍNEZ M. La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea., 2004.

LÓPEZ E. La Extradición Pasiva En España: Análisis Crítico De La Ley 4/1985 Y Propuesta De Reforma. Diario La Ley 10836 (2025): 3.

LÓPEZ REYES J.I. Reseña de jurisprudencia sala 2ª Tribunal Supremo. Logos Guardia Civil, Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil, 2025, no 4.

MARTÍN-GRANIZO MARTÍNEZ, J. Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega a la luz de la última jurisprudencia nacional y europea, 2024.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

MARTÍNEZ CASTILLO, D. Derecho Penal y Globalización: Cooperación Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Penal, 2023, no 29.

OJEDA TORRES M.J. La no extradición o extradición facultativa de los nacionales: Análisis de la aplicación del principio aut dedere aut judicare. Revista jurídica. Investigación en ciencias jurídicas y sociales 1.11 (2021).

OLIVEROS HERNÁNDEZ J.C. Prisión provisional y Orden Europea de Detención. Revista de Estudios Europeos Extraordinario monográfico 1, 2023.

OLLÉ SESÉ M. Reseña del libro Procedimiento de extradición pasiva. Doctrina y jurisprudencia, de Carlos Miguel Bautista Samaniego. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES 1/2020, 2020.

PÉREZ TORRES M. EUROJUST, veinte años de compromiso por la cooperación judicial penal en Europa. El futuro de la Agencia ante la guerra en Ucrania. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), 2022, no 44.

PORTALÉS FONTESTAD L. Consideraciones acerca de la aplicación de la IA en la cooperación judicial penal internacional. Ius et Scientia, 2023, vol. 9, no 2.

PORTALÉS FONTESTAD L. Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega. Estudios penales y criminológicos 41, 2021.

RAMOS ORTELLS M. Condena en ausencia, defensa efectiva del acusado presente y extradición para cumplimiento de condena. Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez. Atelier, 2018.

REAL DECRETO de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882.

RIEZU CUERDA A. La extradición y la orden europea de detención y entrega. Revista Boliviana de Derecho 1, 2006.

RUBIO GAVILÁN M. La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega. Anuario jurídico y económico escurialense 47, 2014.

RUIZ TARRIAS, S. La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2019.

RUZ GUTIÉRREZ, P.R. La orden europea de detención y entrega: banco de pruebas del principio de reconocimiento mutuo. Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea, 2020.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

SÁNCHEZ DEMELSA B. Cooperación internacional para la recuperación y restitución de activos. Las respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024.

SÁNCHEZ DÍAZ D.I. La Extradición en la comunidad internacional y en el Ecuador. BS thesis. Quito: Universidad de las Américas, 2013.

SÁNCHEZ GARCÍA A. Principios y fundamentos de la extradición. Tax legal advisory review: La revista para el mundo económico-empresarial 12, 2025.

SÁNCHEZ-ARJONA, M.L. La Orden Europea de detención y entrega tras la Ley 3/2018, de 11 de junio: un avance en garantías procesales. Revista General de Derecho Procesal 47, 2019.

SOTO IDARMIS K. La extradición. Apreciaciones teóricas desde la perspectiva del derecho internacional contemporáneo. Revista de Derecho Internacional 16.16, 2017.

TREMPS PÉREZ P, SAIZ ARNÁIZ A, MONTESINOS PADILLA C. Comentario a la constitución española: 40 aniversario 1978-2018: libro-homenaje a Luis López Guerra. Tirant lo Blanch, 2018.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

LA MEDIACIÓN PENAL

María Teresa Ferrer Costa
Jueza Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *I. Introducción. II. La Justicia Restaurativa en el ámbito penal. III. Marco normativo en el ámbito de la mediación penal. IV. Aplicación Práctica de la Justicia Restaurativa en el Marco del Derecho penal. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

Las víctimas, una vez sufrido el hecho traumático, son sometidas a la llamada victimización secundaria cuando se encuentran incursas en el procedimiento penal correspondiente, victimización que no cesa y que, desde una posición de la víctima, con desconocimiento de los trámites a los que se ven inmersas, aprecian muchas consecuencias injustas. Ello ocurre en todas las etapas del procedimiento penal.

Los cambios en las legislaciones referentes a la víctima han ido otorgando un sentimiento de paz momentánea, sin embargo, la víctima seguía y sigue siendo victimizada por las complejidades del sistema de justicia penal.

El surgimiento de la victimología como ciencia autónoma, a pesar de lo cuestionada que ha sido, ofrece un giro evolutivo hacia un método de aplicación de cuestión jurídica, para ayudar a la víctima de una manera deseable y certera a través de los métodos alternativos de justicia, siendo estos la justicia restaurativa y sus programas de mediación.

II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO PENAL

La aplicación de la justicia restaurativa como método alternativo de justicia se inició en la década de los años 1970. Aunque se afirma que su origen se remonta a siglos atrás en pueblos de diversas culturas (comunidades indígenas en Norte América, Australia, Nueva Zelanda y México), se fija la aplicación de carácter moderno de éste tipo de justicia, por primera vez en Canadá, en Sentencia de fecha 1978, en el pueblo de Kitchener (Ontario) donde un grupo de jóvenes ocasionaban daños a la propiedad de sus vecinos, por lo que ante la inefectividad del sistema de justicia tradicional, se optó por obligar a los jóvenes a reparar los daños y así asumir su responsabilidad por ellos; posteriormente, la idea se traspasó hacia los Estados Unidos de América[1].

[1] ARONA PALACIOS, Arturo. La influencia de la victimología en la Justicia restaurativa y los programas de restauración. 6 mayo 2013. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La justicia restaurativa debe ser entendida como una visión de la justicia desde y hacia las víctimas[2], un nuevo modelo de justicia en el que las personas afectadas directamente por un delito o infracción (víctima, agresor y comunidad) logran, mediante un proceso de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo, alcanzar la solución del conflicto y la restauración de las relaciones sociales quebrantadas por la comisión del hecho ilícito de una forma distinta que la que ofrece el sistema penal tradicional, tomando en cuenta las condiciones tanto de la víctima como del agresor[3].

La justicia restaurativa no se reduce sólo al sistema penal, pero en el ámbito penal, marco que trato en este trabajo, la integración de la reparación no siempre guarda la misma forma. El término "reparación", en el ámbito penal, no ostenta un significado unívoco, sino que varía el contenido material de este, su naturaleza jurídica y las funciones que se considera ha de satisfacer en el seno del Derecho penal pero no todos los significados que puede otorgarse al término "reparación" deben ser aceptados[4].

No puede ser aceptada ni una acepción muy amplia del término, en virtud de la cuál, cualquier reacción al hecho punible, cualquier pena, e incluso las medidas de seguridad, serían subclases de reparación ni tampoco aquella que parte únicamente de la perspectiva de la víctima, en cuyo caso se consideraría reparación todas las prestaciones materiales que reciba aquella[5].

Una prestación que tenga relevancia jurídico penal debe provenir necesariamente del responsable penal y, si se trata de reparar el daño, la prestación deberá dirigirse a quien lo sufrió, esto es, a la víctima del delito.

Son dos los modelos de reparación en el seno de las consecuencias jurídico-penales del delito que se contemplan.

Uno primero, que representa una concepción restringida o minimalista. Considera que la reparación sólo puede situarse en una relación de dependencia con las sanciones penales. Creen que las disposiciones del Derecho penal pueden contribuir a que la víctima obtenga con mayor facilidad la indemnización civil por parte del autor del delito. Esto se consigue concediendo un privilegio al autor que cumple con su obligación civil o que se esfuerza en cumplirla, puesto que estas actividades pueden interpretarse como expresión de un reconocimiento del Derecho por parte de quien las lleva a cabo. Se centraría la reparación, en la reparación del daño contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como atenuante de la pena.

---

2 ARONA PALACIOS, Arturo. La influencia de la victimología en la Justicia restaurativa y los programas de restauración. 6 mayo 2013. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo.

3 ARONA PALACIOS, Arturo. La influencia de la victimología en la Justicia restaurativa y los programas de restauración. 6 mayo 2013. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo.

4 ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Valencia, Tirant lo Blanch 2000. pág. 61-73.

5 ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Valencia, Tirant lo Blanch 2000. pág. 61-73.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Otro sector doctrinal considera que la reparación está en condiciones de desempeñar un papel mucho más relevante en Derecho penal. Creen que es posible construir una reparación de naturaleza penal que se diferencia de la civil tanto en su contenido como en sus funciones, hasta el punto de constituir una auténtica consecuencia jurídico-penal del delito que podría representar, en ocasiones, la única respuesta al mismo. La reparación debería integrarse en el Derecho Penal, como tercera vía, junto a la pena y las medidas de seguridad. Si el delincuente consigue reparar por completo las consecuencias del delito antes del juicio oral, habría de renunciarse a la pena[6].

Un tercer modelo lo constituye el de compensación entre autor y víctima. Se pretende que el delincuente y la víctima, a instancia del Juez o el Ministerio Fiscal, se pongan de acuerdo con ayuda de un mediador sobre las prestaciones que, tras la comisión de un delito, podría llevar a cabo aquél en favor de ésta, de forma que, caso de alcanzarse un acuerdo, el proceso penal sea, en la mayoría de las ocasiones, sobreseído o, al menos, se atenúe la sanción. Este movimiento abarca todas las modalidades de solución de un conflicto relevante para el Derecho penal que terminan sin proceso penal o en una fase temprana de este y, en todo caso, sin sentencia.

La posibilidad de poner en práctica programas de compensación autor- víctima, mediante los que se pretenda el sobreseimiento del proceso existe sólo en los países donde se encuentra reconocido el principio de oportunidad[7].

Algún autor como SOLETO MUÑOZ[8] establece la existencia de varios modelos de Justicia Restaurativa en función de cómo interaccione el sistema penal de cada Estado con los instrumentos propios de ésta, de este modo diferencia tres clases de sistemas:

a) Sistemas complementarios a los Tribunales a través de programas conectados con estos, y que suelen corresponder con sistemas penales más tradicionales. El acuerdo de reparación lo que puede provocar son ventajas procesales para el acusado (reducción de la calificación o de la pena, suspensión, sustitución o beneficios penitenciarios).

b) Sistemas alternativos al enjuiciamiento que van a ser considerados como la verdadera forma de resolución de conflictos debido a que los casos son derivados antes de iniciarse o tramitarse el proceso. Ello es visto

6 ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Valencia, Tirant lo Blanch 2000. pág. 61-73.

7 ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Valencia, Tirant lo Blanch 2000. pág. 61-73.

8 SOLETO MUÑOZ, H.: "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España" en ECHANO BASALDUA Y OTROS: "Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos". Cuadernos penales José María Lidón, nº 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013, págs. 83 y ss.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

con cautela por los países con un sistema penal tradicional y fuertemente instaurado, es el caso de España y otros Estados continentales.

c) Iniciativas ajenas al proceso y la ejecución que buscan más el tratamiento y restablecimiento de las emociones que otro tipo de resarcimiento, como pueda ser el caso de conflictos entre padres e hijos (agresores).

Especial referencia debe hacerse al método VOM (Víctim-Ofender Mediation) en cuanto forma más utilizada y extendida de mediación entre víctima y ofensor (España y la mayoría de Los estados europeos), matizando que en toda mediación que se realice en el ámbito penal, lo importante no es tanto el acuerdo como el diálogo, ya que lo que se pretende es, no sólo dar su lugar a la víctima, responsabilizar al agresor y reparar el daño sino también canalizar emociones y sentimientos. Dentro de este modelo también se sitúan[9]:

- La conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria como forma de facilitación que se desarrolla entre el agresor y la víctima junto a personas del entorno familiar, escolar o social donde tratan el daño producido y cómo se puede reparar, quedando al margen del proceso judicial.
- Los círculos sentenciadores, similares a los anteriores, pero con la participación del propio tribunal que es el que deriva los casos y los controla. Incluso puede llegar el juez a participar en dicho círculo, normalmente como simple mero transcriptor del acuerdo adoptado en la sentencia, aunque si no hay consenso puede llegar a participar activamente. Este método se utiliza en Estados Unidos en ilícitos realizados por menores, además de en otros delitos cometidos por adultos en vía penal.
- Los paneles restaurativos. Se alejan un poco del sistema restaurativo, ya que no incluyen a la víctima en sus reuniones con el agresor; su principal propósito es la reparación. Cuando el agresor asume su culpa en el proceso penal, el juez le ofrece acudir a este panel, formado por ciudadanos. Una vez producida la reunión, procede a discutir la reparación con la víctima. Se lleva a cabo un seguimiento para constatar el cumplimiento de las medidas. Si éstas no se han cumplido, el asunto vuelve al juez para que establezca la pena en sentencia.
- La mediación comunitaria en barrios y escuelas de centros comunitarios para dar formación en resolución de conflictos. Estos centros realizan mediaciones y facilitaciones en ámbitos escolares y vecinales sin relación con los tribunales, pero también civiles y penales por derivación del órgano judicial.

[9] SOLETO MUÑOZ, H.: "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España" en ECHANO BASALDUA Y OTROS: "Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos". Cuadernos penales José María Lidón, nº 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013, págs. 83 y ss.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Los beneficios que para las víctimas y los delincuentes supone la asunción de la responsabilidad de los hechos, haciendo bien lo mal hecho previamente, reparando el daño causado y, por ende, la interacción víctima-victimario supone una reestructuración de los daños morales y materiales[10].

III. MARCO NORMATIVO EN EL ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN PENAL

Mientras que **en el marco supranacional** como normas relevantes en el ámbito de la justicia restaurativa-mediación cabe destacar, entre otras y esencialmente:

- Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945, Capítulo VI, artículo 34, refleja para la solución de controversias "la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección".
- Resolución de las Naciones Unidas 55/59 sobre Plan de acción sobre Justicia Restaurativa.
- Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre el desarrollo y la implementación de la mediación y las medidas de la Justicia Restaurativa en la Justicia criminal.
- Resolución 14/2000, de 27 de julio, sobre principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en los procesos criminales, que anima el intercambio y experimentación en el ámbito de la mediación penal.
- Standards y normas para la prevención del crimen y la Justicia criminal, Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal, sobre Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales. Primera edición de 18 de abril de 2002 y segunda edición de 22/5/2020[11].
- Recomendación del Consejo de Europa núm. R (83)7. Está orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima.
- La Recomendación del Consejo de Europa núm. R (85)11, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso y del derecho penal.
- Recomendación del Consejo de Europa núm. R (87)18, sobre la simplificación de la justicia penal. Se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la acción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.

---

10 TRUJILLO, J., "Mediation: World it work in Spain too? Universidad de Lovaina, Bélgica, faculty of Law, Master in European Criminology, 2000. Obra citada por GORDILLO SANTANA, L.F.: "La Justicia Restaurativa y la mediación penal". Ed. Iustel. Madrid, 2007.

11 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Madrid 2024. https:\\www.poderjudidical.es.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- Recomendación del Consejo de Europa núm. R (99)19, sobre mediación en el ámbito penal. Define la mediación y establece los principios generales de actuación, orientados tanto a las jurisdicciones penales juveniles como a la jurisdicción penal de adultos.
- Recomendación núm. R (2018)8, sobre Justicia Restaurativa.
- La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal[12].

En el **ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico**:

a) Dentro del Marco Constitucional destacan el artículo 1.1 CE, a partir del cual se establece las bases de aquellas modificaciones legislativas necesarias y exigibles, según las necesidades sociales, siempre dentro de un marco democrático y dentro de la legalidad, que implica un estado de Derecho, lo que debe relacionarse con el artículo 9.2,3 y art. 10 CE.

El proceso de mediación y justicia restaurativa es respetuoso con todas las normas legales y procesales y además ayuda a la mejor comprensión del hecho juzgado. La mediación y por tanto la justicia restaurativa como procedimiento inserto en una causa penal, aporta al proceso argumentos que ayudan a la valoración del delito y a la calificación del mismo a la hora de dictar sentencia. Al proporcionar elementos importantes para que el juez decida, se está dotando al proceso de mayores y mejores garantías[13].

Se pretende con la mediación y justicia restaurativa recuperar la dignidad perdida por la víctima ante el hecho delictivo y evitar en lo posible la victimización secundaria a la que viene viéndose sometida.

En los preceptos indicados y en relación el artículo 25 CE se encuentran los pilares de la justicia restaurativa que se pretende normativizar.

b) Código Penal

Artículo 21.5 del Código penal (se corresponde con el art. 9.9ª CP de 1973). Contempla como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, la reparación o atenuación del daño, con anterioridad a la celebración del juicio oral. El reo consigue la imposición de una pena inferior o en su grado mínimo, respecto la prevista para el delito cometido y la víctima se ve resarcida total o parcialmente. Claro ejemplo de justicia Reparadora

12 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Madrid 2024. https:\\www.poderjudidical.es.

13 DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. Justicia Restaurativa y mediación penal. Revista de derecho penal. LEX NOVA. Número 23/2008. Pág. 25.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

que guarda relación directa con el *art. 110 del Código penal* en el que se establece como modalidades de resarcimiento de la responsabilidad civil a la que vendrá obligado el reo (*art. 109, 109 bis y 110 LECr*), la restitución, la reparación del daño propiamente dicha y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Artículo 21.4 del CP, en que se recoge como atenuante la confesión del reo, circunstancia que ostenta el carácter de justicia restaurativa en el sentido de que, con la confesión, el infractor, no sólo realiza un acto de reflexión confesando el hecho delictivo, sino que minimiza la victimización secundaria de la víctima en su calidad de perjudicada.

Sistema de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, incorporado por LO 1/2015, de 30 de marzo, previsto en *el art. 80, en relación con el art. 84.1 del CP.* Permite al Juez o Tribunal condicionar la suspensión a la ejecución de la pena, al acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. Cumplido el acuerdo alcanzado, junto las demás prescripciones legales, el penado evita el cumplimiento de la pena de prisión impuesta. Supone la solución mejor para dar un cumplimiento óptimo a un sistema de justicia restaurativa y ejemplo del modelo restaurador, compensación autor-víctima.

En definitiva, en fase de ejecución de sentencia se abre la puerta al penado a la obtención de determinados beneficios, entre ellos, la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional o el indulto de la pena (Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas). Por otra parte, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, del poder judicial, reconoce como competencia de los Letrados de la Administración de Justicia, el impulso de la mediación intrajudicial).

Tanto en *el art 80.2.3º del CP*, en cuanto a los presupuestos que deben concurrir para poder acordar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, como en el *art. 90 del mismo texto legal*, en lo relativo a la suspensión de condenas concedidas por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, y que implica condicionar, en los respectivos casos, la suspensión de la ejecución de las penas, al pago de la responsabilidad civil, el compromiso de abonarla, o la facultad de denegarla en aquellos casos en que no se haya producido dicho pago, o el penado ocultare bienes al efecto, nos encontramos ante claros ejemplos de justicia reparadora.

La flexibilidad de algunos artículos del Código penal posibilita una interpretación amplia que permite, en diferentes casos, la mediación como un instrumento muy útil para facilitar una reparación efectiva al perjudicado y favorecer la rehabilitación del infractor. Interviene la víctima, conforme *el art. 130.5 del CP*, al establecer que, la responsabilidad penal se extingue, entre otros supuestos, por el perdón del ofendido. Este perdón tiene que ser otorgado de manera expresa antes de dictarse sentencia y a presencia judicial siendo únicamente posible en aquellos delitos que viene expresamente contemplado, delitos que se circunscriben en delitos leves de amenazas *(art. 171.7 CP),* coacciones leves (*art. 172.3 CP*), delito leve de lesiones (*art. 147.2 CP),* delito de descubrimiento y revelación de secretos según (*art. 201.3 CP),* los delitos contra el honor, delito

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de injuria y calumnia *(art. 215.3 CP),* el delito de daños imprudentes superiores a 80.000€ previsto *en el art. 267 CP o* el delito de lesiones causadas por imprudencia menos grave *(art. 152.2 CP).*

Si bien ello hay que tener en cuenta que, en virtud de la LO 8/2021, de 4 de junio, se eliminó el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal cuando la víctima del delito sea una persona menor de dieciocho años protegiendo así a los niños, niñas y adolescentes ante delitos perseguibles a instancia de parte.

c) Ley de Enjuiciamiento Criminal

A*rtículo 655* en cuanto al procedimiento ordinario, *art. 787* respecto el procedimiento abreviado, y art 801 por parte del juez de guardia de la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia que corresponda, respecto los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos e, incluso, el proceso por aceptación por Decreto, regulado en el artículo 803 bis, deben considerarse modelos evidentes de minimización de la victimización secundaria y de justicia restaurativa por cuanto, en todo caso, y sin perjuicio de las particularidades de cada procedimiento y, si bien en algunos supuestos no habrá víctimas visibles, el reo no deja de realizar una reflexión respecto el ilícito penal cometido aceptando la sanción propuesta por el Ministerio Fiscal y aceptada por la Autoridad Judicial, que concluirá, para el caso de existir responsabilidad civil, con la reparación del daño, cuanto menos en la parte materialmente resarcible, máxime en estos momentos en que la posibilidad de conformidad se ve ampliada mediante la redacción actual de los preceptos indicados, en virtud de LO 1/2025, de 2 de enero. La mediación penal puede desempeñar una función importante, con cualquiera de las modalidades de conformidad.

Podríamos hablar de una Conformidad de Calidad, restauradora, en tanto puede contribuir a la efectividad de los escritos conjuntos de acusación y defensa en los que se manifiesta la conformidad por darle al perjudicado una solución adecuada a sus necesidades, darle al investigado la posibilidad de responsabilizarse en el perjuicio causado produciéndose así un efecto preventivo de cara a futuros comportamientos inadecuados.

A su vez, constituye innovación y gran avance la introducción en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus *artículos 963 y 964* el principio de oportunidad, y a pesar de que el alcance de este se limita al ámbito de los delitos leves, lo que significa sin duda un avance en el ámbito de la justicia restaurativa.

d) La Ley Orgánica 4/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores

Se trata de una Ley prolija en la mención de procedimientos de mediación y justicia restaurativa, mediante la participación de un equipo multidisciplinar en estas funciones.

El fundamento por el que han llegado a este procedimiento socializante no es otro que la atenuante prevista en nuestro Código Penal de la reparación del daño. De dicho texto legal destaca *el art 19 LORPM* que regula el

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. Se recoge en este precepto, de forma implícita el principio de oportunidad, para poder desistir del procedimiento, por parte del Ministerio Fiscal, para aquellos ilícitos que no sean de especial gravedad y respondan, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, excluyendo asimismo los delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual y aquellos cometidos en el ámbito de la violencia de género, y siempre condicionado a la circunstancia de que además del cumplimiento del acuerdo al que las partes hubieren llegado respecto la responsabilidad civil, el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe, que realizará las funciones de mediación. Según el apartado 2 de dicho precepto, se entenderá producida la conciliación cuando …*el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva*…

e) Finalmente, es especialmente relevante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima

Esta Ley supone un antes y un después en la protección de las víctimas. Ha sido elaborada para dar respuesta, des del poder público, una respuesta a las víctimas, lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, no sólo reparadora del daño en el marco del proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en el ámbito moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal, como recoge el propio preámbulo de la Ley.

Especial mención, en relación con la Justicia restaurativa y mediación, merece el *art. 15 del citado texto legislativo,* en el que se establece como deben ser regulados los servicios de justicia restaurativa. según el siguiente texto literal:

Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa. *1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación,

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

Salvo en aquellos supuestos en que la mediación esté prohibida por Ley, como ocurre respecto los delitos de violencia de género (art. 44.5 de la LO 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación el artículo 89.5 de la LOPJ) con la entrada en vigor de este precepto, se da pleno acceso a la mediación en nuestro ordenamiento jurídico.

A su vez, el art. 15 del Estatuto de la Víctima, antes transcrito, debe ser relacionado con el artículo 5.k), que recoge el derecho de las víctimas a recibir información sobre los …*servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posibl*e... Se concibe pues, la Justicia Restaurativa como un derecho básico de todas las víctimas, con independencia del delito sufrido y sin perjuicio de las prohibiciones establecidas por Ley.

IV. APLICACIÓN PRACTICA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL

La conjugación de los textos legales citados, considerando que el Derecho Penal interno ha sido adaptado a la normativa europea citada y es acorde con la normativa supranacional nos indica que la Justicia Restaurativa en el ámbito Penal únicamente viene limitada a los delitos relativos a la libertad e indemnidad sexual, a aquellos cometidos en el ámbito de la Violencia de Género y a aquellos en que las víctimas las constituyen menores de edad y a fin de su protección.

La Justicia Restaurativa en el ámbito penal no siempre comportará el sometimiento a las partes a mediación y, en tanto que, la aplicación de las circunstancias atenuantes de reparación del daño y/o confesión y los procedimientos de conformidad, actos que integra la Justicia Restaurativa serán aplicados en muchas ocasiones con estricto cumplimiento del principio de legalidad sin intercesión del procedimiento de mediación.

A su vez, la derivación a mediación de causas penales por parte del Titular del Órgano Judicial correspondientes conllevará, la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal indicadas y/o la conformidad del reo con los hechos, en este caso, en los términos establecidos en el acuerdo restaurativo alcanzado en el procedimiento de mediación, siempre con respeto al principio de legalidad.

No está vedada la posibilidad de acudir a mediación en ninguna fase procedimental. En consecuencia, las partes podrán ser derivadas a mediación tanto en fase de instrucción, en fase de enjuiciamiento y en fase de ejecución.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Las ventajas o diferencias ventajosas respecto cada una de las fases procedimentales son las siguientes. El conseguir un acuerdo de mediación en fase de instrucción reduce de forma notable el sufrimiento de la víctima y, a la vez posibilita al reo, la transformación del procedimiento en diligencias urgentes, siempre que nos encontremos con delitos cuya pena no supere los tres años de prisión, el beneficio punitivo de reducción en un tercio la pena inicialmente a imponer. Igualmente, si nos encontramos ante hechos con cabida en aquellos delitos en que es posible el perdón del ofendido, el acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación conllevará el sobreseimiento de la causa, al igual que ocurrirá en los supuestos en que los hechos tengan el alcance de delito leve.

En la fase de enjuiciamiento el acuerdo de mediación que se alcance será facilitado al Tribunal o Magistrado por las correspondientes defensas, bien por, en aplicación del Protocolo de Conformidad, haberse pactado previamente entre los Letrados de las partes y el Ministerio Fiscal una conformidad con los hechos y en virtud del acuerdo restaurativo alcanzado. Cierto es que el acuerdo de mediación puede incluir la conformidad del acusado con los hechos o la no conformidad con los hechos, en cuyo caso, se celebrará el juicio mediante la práctica de la prueba debiendo tener en cuenta, el Órgano enjuiciador al dictar sentencia, el acuerdo reparador si así lo solicitaren las partes.

El acuerdo de reparación puede entenderse suficiente con el desarrollo del contenido dialogado: restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que la práctica de esta experiencia vaya dando y que sean consideradas como idóneas por el Juez o Tribunal, Ministerio Fiscal y abogado defensor. Y deberá contener, siempre que sea posible, el resarcimiento de la responsabilidad civil y, en le medida de lo posible la suspensión de la ejecución de la pena de prisión con los condicionantes que correspondan, en su caso.

Para el caso de que en Sentencia no se efectúe pronunciamiento respecto la suspensión de la ejecución de la pena de prisión el Juez o Tribunal podrá derivar a las partes a una sesión informativa sobre mediación. Si se llega un acuerdo restaurador este contendrá lo que corresponda respecto la responsabilidad civil y la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, siempre que se den los presupuestos del art. 80 CP, suspensión que vendrá condicionada a los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación.

La derivación a proceso de mediación por parte del Titular del Órgano Judicial sea bien, en fase de instrucción, una vez escuchadas las partes, bien en fase de enjuiciamiento una vez dictado el auto de admisión de pruebas o, en fase de ejecución, una vez la Sentencia sea firme, se iniciará mediante una sesión informativa individualizada para cada una de las partes, sesión informativa en la que se les informará del procedimiento

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de mediación. Una vez finalizada con éxito esta sesión informativa, las partes firmaran el Acta Constitutiva de Mediación[14].

Los beneficios que conlleva el sometimiento a mediación de las partes, como método de resolución de conflictos, además de reducir la victimización de la parte perjudicada, no solo abarcan el ámbito procedimental penal y material del Derecho Penal, sino que suponen sobre todo la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima por la infracción penal y un enriquecimiento personal del reo como individuo.

Ello deviene por los principios propios del procedimiento de mediación y que suponen la *participación voluntaria* e informada de la víctima y de la persona infractora, la plena *confidencialidad* de la información que se obtenga en el proceso de mediación, *la oficialidad* por cuanto le corresponde al juez, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal. Será un procedimiento *flexible* en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso y *bilateral*[15] ostentando, este último elemento, relevancia especial, pues ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones debiendo expresar en todo caso sus posiciones y voluntad de reparación y de aceptación de estas ante el juez en el acto del juicio oral, o en cualquier otro momento procesal que ponga fin al procedimiento penal.

V. CONCLUSIONES

En el ámbito penal, la victimología ha ayudado a identificar una de las problemáticas que por mucho tiempo se mantuvo postergada en la sociedad, la víctima.

El enfoque victimológico hoy no se discute si bien debe ser notablemente mejorado por cuanto el sistema de justicia penal aún se sigue preocupando más por detener y castigar al agresor, en lugar de preocuparse por la persona que sufrió ese delito y pensar en cómo llegar a reparárselo, y pese a los avances conseguidos en pro de la víctima y sus derechos.

Aunque, tal y como se ha plasmado, signos de Justicia Restaurativa se divisan en los textos legislativos penales, se estima necesario un nuevo avance en la protección de las víctimas desarrollando normativamente un sistema de Justicia restaurativa claro, concreto y debidamente reglado. Por una parte, la normativa Internacional, así lo exige; por otra, la Constitución Española no necesita modificación ni adaptación alguna al

[14] CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Madrid 2024. https:\\www.poderjudidical.es. Pág. 138 a 142.
[15] CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Madrid 2024. https:\\www.poderjudidical.es.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

efecto. En tercer lugar, las víctimas son dables de mayor protección ante la victimización real que se les sigue sometiendo.

La Justicia Restaurativa y mediación forma parte del futuro, como sistemas alternativos de resolución de conflictos y desde una perspectiva de justicia transversal. La involucración de cada una de las partes en el proceso de mediación conlleva la reflexión necesaria de las partes para que el reo se responsabilice de sus actos y la víctima se vea resarcida de forma amplia.

Las ventajas de aplicación de un sistema reparador se hacen extensiva, además del beneficio de las partes, a ayudar en la descongestión de la Justicia, lo cual también beneficiará a la víctima teniendo en cuenta que aquellos procedimientos más graves de imposibilidad legal de mediación serán tramitados con mayor celeridad.

La mayor reforma en pro de los derechos de la Víctima sucede en 2015. Desde entonces, si bien se han dictado leyes a nivel autonómico sobre mediación extrajudicial, no se ha progresado sustancialmente en la regulación de procesos de justicia restaurativa.

En todo caso, el Derecho de adultos no está dotado de igual predisposición que respecto la predisposición existente para con los menores, aunque los operadores jurídicos de dicho procedimiento sean los mismo lo que nos excluye la necesidad de una regulación que garantice de forma más amplia y detallada el proceso de mediación, sea mediante el desarrollo de la actual legislación, bien mediante el dictado de un nuevo texto legal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARRONA PALACIOS, Arturo. La influencia de la victimología en la Justicia restaurativa y los programas de restauración. 6 mayo 2013. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo.

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Valencia, Tirant lo Blanch 2000.

FERREIRÓS C-E., SIRVENT A. Y OTROS: "La mediación en el Derecho penal de menores". Dykinson S.L., Madrid, 2011.

GARCÍA FERNÁNDEZ, María Auxiliadora. La mediación penal y el nuevo modelo de Justicia Restaurativa. Universidad de Almería. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. https://w3.ual.es/revistas/...09/articulos-mediacion_pena.

SOLETO MUÑOZ, H.: "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España" en ECHANO BASALDUA Y OTROS: "Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos". Cuadernos penales José María Lidón, nº 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

TRUJILLO, J., "Mediation: World it work in Spain too? Universidad de Lovaina, Bélgica, faculty of Law, Master in European Criminology, 2000. Obra citada por GORDILLO SANTANA, L.F.: "La Justicia Restaurativa y la mediación penal". Ed. Iustel. Madrid, 2007.

GORDILLO SANTANA, L.F.: "La Justicia Restaurativa y la mediación penal".

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. Justicia Restaurativa y mediación penal. Revista de derecho penal. LEX NOVA. Número 23/2008.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. Justicia restaurativa como Derecho de las víctimas. REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 41. ENERO 2017. ISSN 2254-3805 DERECHO PENAL

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Mediación penal en los procesos por violencia de género. Incluido en el número monográfico sobre *Mediación en familia* de Cuadernos Digitales de Formación 41 - 2016 (Directora: Margarita Carmen Pérez-Salazar. Consejo General del Poder Judicial (Madrid). 2017.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. Ponencia sobre mediación penitenciaria presentada en las Jornadas sobre Justicia Restaurativa y Mediación celebradas en la Universidad Pública de Navarra el 3, 4 y 5 de noviembre de 2010.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. Documento Ideológico sobre mediación penal. Justicia restaurativa y mediación. Cuadernos Digitales de Formación Núm. 51. Consejo General del Poder judicial. Madrid 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Mediación en Violencia de Género. Revista de Mediación. Año 4. Nº 7. Mayo 2011. Santiago de Compostela. https://revistademediacion.com/.../Revista-Mediacion-7-05.pd

MAQUEDA ABREU, María Luisa. La violencia de género. Entre el concepto Jurídico y la realidad social. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ML Maqueda Abreu - 2006 - criminet.ugr.es.

BERISTAIN, Antonio. Victimología. Nueve palabras Clave. Tirant lo Blanc. Valencia. 2000.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Juan Pablo. Panorama actual y perspectivas de la victimología: La Victimología y el Sistema penal. Consejo General del Poder Judicial. 2007.

SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción. Mediación penal. Informe de evaluación y situación. Justicia restaurativa y mediación penal. Cuadernos Digitales de Formación 51 – 2010. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2010.

MARTIN DIAZ, Fernando. La mediación Sistema complementario de la Administración de Justicia. Premio "Rafael Martínez Emperador" 2009. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2009.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Madrid 2024. https:\\www.poderjudidical.es.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

ALCANCE DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Verónica Flor Robledo

Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía del Área de Mataró-Arenys de Mar

SUMARIO: *I. Introducción. II. Fase de instrucción. 1. Cuando debe practicarse la prueba preconstituida. 2. Momento de practicar la prueba preconstituida (modelo BARNAHUS). 3. Forma de practicar la prueba preconstituida. a) Intervinientes. b) Forma de practicarla. c) Lugar donde se practica. 4. Necesidad de corroboraciones periféricas. III. Fase Intermedia. IV. Conclusiones. V. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema procesal penal, como regla general, únicamente pueden considerarse pruebas aquellas que son practicadas en el juicio oral, ya que el procedimiento probatorio tiene lugar necesariamente ante el órgano enjuiciador de la causa penal y en cumplimiento de los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación. Solo así podrá ser desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia del acusado. No obstante, excepcionalmente se admiten las pruebas anticipadas y preconstituidas.

Centrándonos en la prueba preconstituida, podríamos **definirla** como aquella actuación sumarial a la que se atribuye eficacia probatoria en el acto de juicio oral, siempre que en su práctica se hayan cumplido las garantías que se exigen legalmente. Tradicionalmente nuestros tribunales de justicia han admitido su validez siempre que se cumplan determinados requisitos: materiales (esto es, su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivos (esto es, la necesaria intervención del Juez de Instrucción) objetivos (esto es, la posibilidad de contradicción con la intervención del abogado del investigado), y formales (que es la introducción en el juicio a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730 de la LECr)[1]. Además de evitar la victimización secundaria –que se produciría en las víctimas antes citadas al volver a declarar en el acto de juicio oral-, logra proteger el elemento probatorio en aras a la verdad material, al evitar que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecte a la calidad del relato.

Antes de la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIIA), la simple condición de testigo menor de edad no comportaba una excepción directa a la regla general de que la prueba debía ser practicada en el juicio oral, sino que para poder

[1] A título de ejemplo la STS 788/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de septiembre, F.Jº. 4º; SAP Madrid (Sección 27ª), 350/2021, de 1 de julio, F.J. 2º, y la SAP Vizcaya (Sección 6ª), 34/2020, 29 de junio de 2020, F.J. 3º. Asimismo, véase entre la doctrina científica a Wolters Kluwer; MUERZA ESPARZA, J., «Sobre el valor de la prueba preconstituida en el proceso penal», en Nuevos Horizontes del Derecho Procesal (Coord. Mar Jimeno Bulnes y Julio Pérez Gil), J.Mª. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 769 i 770; y DE AGUILAR GUALDA, S., «La prueba preconstituida y la anticipada», en La prueba en el proceso penal, J.Mª. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 31 a 34.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

preconstituir la prueba tenían que ponderarse los intereses del testigo menor (preservar su estabilidad emocional y su normal desarrollo personal), por un lado, y el derecho de defensa del acusado, por el otro. Como señala el Tribunal Supremo[2], es cierto que la presencia de un niño o una niña en el proceso penal no debe comportar un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico.

La aprobación de la LOPIIA, ha supuesto un cambio importante en esta materia, dando una nueva redacción a los art. 449 ter y 703 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta ley tiene como objetivo que la persona menor de edad realice una única narración de los hechos ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo haga con anterioridad ni con posterioridad a ese momento. Por ello, al regular los criterios de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuando se trate de casos de violencia contra la infancia y la adolescencia, destaca como criterio preponderante la obligación de evitar, con carácter general, la toma de declaración a la persona menor de edad, salvo en aquellos casos en que sea absolutamente necesario. Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de las personas menores de edad o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como regla general la práctica de la prueba preconstituida. Con ello pretende evitarse: por un lado, que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato y, por el otro, la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables, como es el caso de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de apoyo.

El objetivo del presente Trabajo es analizar el alcance de la prueba preconstituida en las tres fases del proceso penal, esto es: instrucción, fase intermedia y de juicio oral, teniendo en cuenta la reciente Jurisprudencia mayor y menor desarrollada sobre la materia.

II. FASE DE INSTRUCCIÓN

1. Cuando debe practicarse la prueba preconstituida

El art. 499 ter LECr establece la obligatoriedad de la práctica de la prueba preconstituida en los casos en que un menor de 14 años o una persona discapacitada necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de los delitos que recoge, entre los que se encuentran los delitos contra la libertad sexual[3]. Como puede observarse, parece que ya no es

[2] Vid la STS 369/2021, de 4 de mayo, F.Jº. 2º, (Sala de lo Penal Sección 1ª).

[3] Vid art. 449 ter LECrim: "Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos,

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

necesario realizar un juicio de madurez por parte del juez de instrucción y se establece de manera concisa el modo de realizar esa audiencia al menor y los apoyos de los que puede valerse el juez para llevar a cabo la misma, en concreto, los medios tecnológicos y los profesionales especializados. Vamos a ver los distintos supuestos:

Carácter obligatorio:

1) Menores de 14 años

Como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia 329/2021, de 22 de abril, "no es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez. El legislador, en este caso, pone el límite en los catorce años como umbral por debajo del cual la comparecencia en juicio conlleva un riesgo de victimización secundaria"[4].

Ahora bien, dentro del ámbito subjetivo de la norma que estamos analizando, me parece relevante subrayar que el legislador se refiere a la preconstitución de la declaración testifical de cualquier testigo, por lo que se incluyen todos los testigos menores de 14 años, tengan o no condición de víctima.

2) Personas con discapacidad necesitadas de especial protección

El art. 25 del Código Penal define: *A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente, que al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o medir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

Asimismo, a los efectos de este código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente[5].

contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios"

[4] En el mismo sentido conviene citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª), 862/2021, de 23 de septiembre que señala que: "lo que hace la LO 8/2021 es fijar una edad a partir de la cual a los jueces se les priva de la posibilidad de valorar e individualizar las circunstancias del/a menor, sino que necesariamente se presume legalmente que a ese/a menor el paso por el proceso penal le va a suponer perjuicios y por eso merece protección obligando en estos casos —menores de 14 años— de forma automática a preconstituir prueba».

[5] A este respecto la STS 922/24, de 30 de octubre de 2024, y Auto 446/2023 de 9 junio, de la Sección 8ª Audiencia Provincial de Barcelona) establece que "son víctimas con necesidades especiales de protección que por sus circunstancias exigen un trato especializado y que en la mayoría de los casos requieren de personas expertas y con conocimientos especiales para su declaración".

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Es frecuente que sean personas que no tengan habilidades suficientes para afrontar un proceso. Por ello, es necesario realizar la prueba preconstituida en estos supuestos con la ayuda de expertos adecuados a las particularidades de cada persona, evitando las dificultades que una declaración en el plenario les podría implicar.

Es conveniente en este punto destacar la reciente STS de 13 de febrero de 2025, de la que se deduce que la discapacidad intelectual por sí misma no puede servir para excluir la validez del relato. Así, dice la Sentencia: *con relación al argumento defensivo relativo a que la discapacidad de la menor compromete la atendibilidad de lo relatado, debe insistirse en que aquella no es un factor que, por sí, obligue a descartarla. Desde lapsicología del testimonio se ha insistido en que los testigos con discapacidad intelectual moderada -en el caso, se declara probado que el retraso mental era leve-, pueden aportar testimonios adecuados si bien, con carácter general, será precisa una evaluación especifica de la competencia.*

Además, la Sentencia reseñada reflexiona acerca de las obligaciones derivadas de la jurisprudencia del TEDH en esta materia, como serían:

1º. *Adoptar una metodología sensible para el análisis del contexto de producción y, sobre todo, las condiciones consensuales o no de la relación;*

2º. *Desarrollar un particular esfuerzo acreditativo, procurando verificar todas las circunstancias periféricas o circundantes que permitan obtener los mejores y mayores datos para calibrar la credibilidad de la víctima y la fiabilidad de la información que facilite;*

3º. *Indagar si existía alguna razón para que la víctima hiciera acusaciones falsas contra el presunto autor;*

4º. *Aplicar estándares de especial celeridad en la obtención de la información, no solo para evitar su pérdida sino también para que la excesiva duración del proceso no se convierta en un factor de grave afectación psico-emocional para este tipo de víctimas especialmente vulnerables;*

5º. *Adoptar durante el curso del proceso mecanismos efectivos de protección que reduzcan los efectos victimizadores y, en su caso, neutralicen en lo posible los riesgos de revictimización aun partiendo, como no podría ser de otra manera, de un pronóstico inicial de victimización presunta;*

6º. *Valorar con particular diligencia la información sobre la vulnerabilidad de las víctimas -edad, desarrollo mental y físico, contexto social y personal, circunstancias de producción del hecho- y su posible proyección sobre, en su caso, la validez del consentimiento para los actos sexuales a la luz de su capacidad intelectual.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Carácter potestativo:

1) Menores a partir de 14 años

No siendo preceptivo, sí sería aconsejable practicar la testifical como preconstituida en los casos de menores de 14 a 18 años (especialmente en caso de los menores de 16 años, teniendo en cuenta que los 16 años es la edad que marca el legislador para otorgar validez al consentimiento en los delitos contra la indemnidad sexual y valorando que tienen una regulación especial). Así, será potestativo para la autoridad judicial la preconstitución de la prueba, previa valoración individualizada del menor y sus circunstancias, cumpliéndose, en todo caso, los requisitos establecidos en el art. 449 bis LECr[6].

Por tanto, habrá que estar al caso concreto, valorando las circunstancias particulares de cada víctima, teniendo muy presente las secuelas que los hechos hayan podido dejar en el menor, su vulnerabilidad, o el padecimiento de algún tipo de discapacidad, así como otros elementos que aconsejen la práctica de la prueba preconstituida para evitar que la víctima tenga que declarar nuevamente en el acto de juicio oral[7].

2) Otras personas vulnerables

Se considera persona vulnerable a toda aquella que por sus características de desventaja por edad, sexo, estado civil; nivel educativo, origen étnico o condición física o mental requieren de un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo y a la convivencia. También se hace referencia en la doctrina a personas que tengas una mayor posibilidad de sufrir malos tratos en sus derechos fundamentales y en su dignidad.

---

[6] Vid Art. 449 bis LECrim: *Cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo. La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto. La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida. Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2.*
Es interesante también citar la Guía *BARNAHUS* para los casos de agresiones sexuales a menores aprobada en Barcelona el 17/02/2025, en cuyo punto 3.1 se dice lo siguiente: "La prueba preconstituida se debe hacer siempre si la víctima es menor de 14 años (art. 449 ter LECr) y también cuando, si es mayor de 14 años y menor de 18 años, el juez la acuerde. Es conveniente que, antes de la decisión, pida un informe al Equipo de Asesoramiento Técnico Penal por si éste la considera adecuada, informe que debe ser sucinto e incluso puede ser verbal".

[7] A título de ejemplo hay que destacar la STS nº 1654/2024, de 21 de marzo, que determina que "el evitar la victimización secundaria no es patrimonio exclusivo de los menores de 14 años de edad, permitiendo acudir a la figura de la prueba preconstituida también en otros casos. Y así lo permite en un supuesto de un delito de abuso sexual a menor de 16 años que padece discapacidad intelectual leve, a quien los especialistas habían considerado especialmente vulnerable".

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Respecto a la vulnerabilidad, el TS ha declarado lo siguiente: *Es cierto que el Código no realiza una definición legal de lo que deba entenderse por tal, como se realiza en el art. 25 respecto de la discapacidad de una persona. No obstante, su inteligencia participa del conocimiento derivado del sentido común y será preciso ir construyéndolo, poco a poco, a partir de los distintos casos que conozca la aplicación jurisdiccional de la situación. La RAE afirma que vulnerable es la persona que puede ser herida o recibir una lesión, física o moral, y en su comprensión ofrece, como sinónimos, las expresiones siguientes, débil, delicado, frágil, inerme, desvalido, endeble, situaciones que reflejan una situación de necesidad de especial protección, precisamente por la edad, por las necesidades de especial protección, para asegurar el libre desarrollo de la persona a la que se refiere*[8].

Por tanto, en circunstancias que así lo indiquen, podrá acudirse a la prueba preconstituida en caso de que nos hallemos ante víctimas vulnerables en los términos antes referidos, como podría ser el caso de personas de edad avanzada que, por sus circunstancias concretas, puedan ser consideradas vulnerables.

2. Momento de practicar la prueba preconstituida (Modelo *BARNAHUS*)

El recuerdo (o indicio cognitivo) se deteriora transcurrido un plazo de tiempo, y se reconstruye cada vez que el testigo recuerda y narra los hechos, con la posibilidad de que se contamine con información del entorno, las preguntas formuladas, los medios de comunicación o los comentarios de otros. La degradación y contaminación de los recuerdos será especialmente grave cuando se trate de testigos vulnerables, cuanto más tiempo haya pasado, y en sucesos mediáticos. Es por ello por lo que siempre debemos procurar que la prueba se practique lo antes posible, especialmente si de ello depende la toma de decisión sobre la situación personal del investigado. Dicho esto, en el caso de niños y niñas, debemos permitir que sean los profesionales de la psicología los que nos marquen los tiempos.

En España se ha implantado el modelo *BARNAHUS* con la creación de centros que se ubican en un área residencial, alejados de comisarias, sedes judiciales y centros sanitarios. Se trata de un espacio que protege a la infancia más vulnerable, de tal modo, que permite atender desde una unidad centralizada, a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual y maltrato. Por lo tanto, el objetivo principal es contar con profesionales especializados y coordinados, a la vez, que se agrupa en un mismo espacio todos los recursos que intervienen en un caso de abuso sexual infantil, para disminuir así la victimización de las víctimas[9].

[8] Vid la STS nº 922/2024, de 30 de octubre.

[9] El creador del modelo *BARNAHUS* fue el irlandés Bragi Gudbrandsson, se trata de un espacio, «una casa de niños», que evita que el menor tenga que revivir el abuso sexual a través de múltiples declaraciones, y, a su vez, ofrece un entorno amigable respetuoso con sus necesidades. Las *BARNAHUS* surgen originariamente en 1998 en Reikiavik (Islandia). Allí se creó el primer centro dirigido por el sistema de protección que llevaba a cabo una evaluación de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. Este modelo novedoso incluía una nueva herramienta, consistente en la realización de la entrevista forense con el niño o niña víctima a través de un circuito cerrado de televisión ante un representante del ámbito judicial, lo que garantizaba que la prueba resultase válida para el juicio y se configuraba como prueba preconstituida.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Actualmente, promovidos principalmente por la ONG *Save The Children* y con la colaboración de las Comunidades Autónomas existen varios centros. En Cataluña se abrió el primero, concretamente en Tarragona en julio de 2020, posteriormente, en octubre de 2024, se han inaugurado los diferentes centros en Barcelona y parece, que Valencia, Madrid y Victoria serán los siguientes[10]. En todas estas Unidades Integradas se prevé que, en cuanto se tenga conocimiento, en cualquier ámbito, del caso de un niño, niña o adolescente víctima de violencia sexual, se comunicará a Unidad *BARNAHUS* del domicilio del menor, quien de inmediato será atendido por los profesionales de la entidad (equipo psicosocial), que desde un entorno "amable" darán paso al resto de operadores que intervendrán en el curso del proceso (Policía, Médicos Forenses, Jueces y Fiscales, LAJ, Abogados, Técnicos de las OAVD) sea de modo presencial u *online*. La coordinación con el equipo psicosocial de la *BARNAHUS* nos permitirá concretar el momento adecuado para que el menor preste declaración. Además, cabe destacar la conveniencia de realizar una única prueba preconstituida con la víctima, tal y como se recoge en la Guía *BARNAHUS* de Barcelona antes citada, punto 3.7: "Siempre se debería hacer una única prueba preconstituida. En caso de que varios juzgados deban instruir causas diferentes (por ejemplo, cuando un presunto agresor sea mayor de edad y otro sea menor de edad, lo que obliga a intervenir al juzgado de instrucción y al juzgado de menores), los juzgados implicados se deben poner de acuerdo para practicar una única prueba preconstituida". Y, por tal de evitar comprometer la validez de la prueba preconstituida realizada, deberemos asegurarnos de que estén identificados y localizados todos los investigados, y todos hayan podido ser citados a la misma, junto con sus Letrados; así como también que se haya alzado el secreto de las actuaciones, si fuera el caso.

3. Forma de practicar la prueba preconstituida

a) Intervinientes

Tal y como resulta de lo dispuesto en los arts. 448 y 449 bis LECr (que establece los requisitos de la prueba preconstituida con carácter general), deberán estar presentes en la práctica de la prueba preconstituida los siguientes:

- Titular del órgano judicial.
- Letrado de la Administración de Justicia.

[10] Tanto Naciones Unidas como el Consejo de Europa promueven la creación de *BARNAHUS* y, se han establecido en los últimos diez años, más de 50 casas en los países nórdicos, entre ellos, Suecia, Noruega y Dinamarca, a los que se unen Chipre, Polonia, Croacia, Eslovenia e Inglaterra, entre otros. Además, pueden asistir exclusivamente a niños y niñas víctimas de abuso sexual o, también, a víctimas de maltratos de violencia de género o de otros tipos de abuso físico y emocional, como ocurre en Suecia. Suecia es el país europeo que más casas de niños tiene, ya que reúne más de 30 en todo el país, siendo la de Estocolmo la más grande de todas. En su interior se puede encontrar con habitaciones similares a las que los niños y niñas tienen en su casa, con mobiliario infantil, dibujos colgados en las paredes para que cuando vayan otros niños y niñas se den cuenta que no están solos, libros y juguetes para que el ambiente sea amigable

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- Fiscal.
- Investigado, salvo que debidamente citado decida no asistir.
- Letrado del investigado. En caso de urgencia o incomparecencia injustificada se nombrará uno de oficio a tal efecto, con expresa exposición de los motivos de tal urgencia o las circunstancias de la incomparecencia, con constancia en el acta.
- Letrado de la acusación particular.

b) Forma de practicarla

Se evitará en todo caso la confrontación visual de la víctima con el investigado. Con esta medida, pretende eludirse el perjuicio que ello puede provocar al menor.

No debemos olvidar que el destino de esta prueba es su reproducción en el plenario para que el Tribunal sentenciador la valore y forme su convicción. Por lo que deberán cumplirse determinados requisitos:

1º. Asegurar que en la grabación se vea perfectamente el rostro de la víctima, sus manos, que puedan apreciarse sus movimientos sin que haya ningún obstáculo que lo impida. En ningún caso deberá alterarse la voz e imagen de la grabación (como con un pixelado). Con la excepción de los testigos protegidos.

2º. Principio de Contradicción. Debemos asegurarnos de que el juez/magistrado no monopolice el interrogatorio, debiendo ser el Ministerio Fiscal y la Defensa, y en su caso la acusación particular, quienes formulen sus preguntas, sea directamente, a través del órgano judicial o, como resulta aconsejable en el caso de menores, de los profesionales del equipo psicosocial que intervengan en el caso[11].

3º. Acta sucinta del LAJ (Art. 449 bis párrafo 3º LECr). Necesariamente deberá contener fecha y hora de la diligencia, identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida[12]. En el acta, deberá ponerse de manifiesto cualquier incidencia que se haya producido en la práctica de la prueba preconstituida (por ejemplo, el investigado no comparece, aunque está citado debidamente, o si se nombra un abogado por razones de urgencia o incomparecencia injustificada).

[11] A este respecto debemos recordar que la exploración practicada como prueba preconstituida del menor podrá erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena únicamente cuando se haya dado al investigado/acusado la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa realizando las preguntas que estime oportunas (STS 690/2021, de 15 de septiembre).

[12] Así se recoge en resoluciones como el Auto nº 197/2023 de 20 de febrero de 2023, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, o la STS 706/2023, de 21 de julio de 2023, de la Audiencia Provincia Barcelona Sección 22ª. En este sentido se pronuncia también la Guía *BARNAHUS* de Barcelona, punto 3.9, en que además se dice que "es conveniente que al inicio de la grabación se mencionen las personas intervinientes para que quede constancia en la misma grabación".

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

4º. El LAJ deberá comprobar la calidad de la grabación: la práctica nos demuestra que en el acta el LAJ se limita a recoger los intervinientes y las incidencias que surjan. Sin embargo, en algunos supuestos en los que en el acto de juicio oral se han detectado deficiencias en el sonido y/o imagen de la prueba preconstituida, se ha podido salvar la validez de la prueba con el acta redactada por el LAJ, pero ello requiere que éste no se haya limitado a realizar un acta sucinta, sino que haya redactado de forma detallada el desarrollo de la exploración[13].En caso contrario, la víctima deberá comparecer en el plenario[14]. Por tanto, se hace preciso reflexionar sobre la importancia de redactar la declaración, pues, pese a no ser la práctica habitual en los Juzgados, es evidente su importancia, por lo que podría interesarse de los LAJ que, al menos, recogieran la parte más sustancial de la declaración de la víctima.

c) Lugar donde se practica

Tras la creación de las Unidades Integradas *BARNAHUS*, se deberá, como hasta ahora, solicitar al Equip d'Atenció Tècnic Penal (en adelante EATP) día y hora para la práctica de la declaración del menor. Será el EATP quien se encargará de ponerse en contacto con los profesionales de *BARNAHUS*, normalmente los del domicilio de la víctima. El equipo psicosocial que desde un principio ha tratado al menor será el encargado, en el mismo entorno, de practicar la preconstituida. El niño, niña o adolescente estará en la sede de la *BARNAHUS* que ya conoce, mientras el resto de los intervinientes se encontrarán en la sede del juzgado de instrucción que conoce de la causa, conectados con *BARNAHUS* mediante videoconferencia.

Se admite que las partes puedan estar en sede distintas. No hay ninguna exigencia normativa en la exposición de motivos de la LO 8/2021 de 4 de junio ni en los art. 449 bis y 449 ter LECr respecto de la necesidad, o no, de que todas las partes intervinientes se encuentren en el mismo local[15].

Ahora bien, pese a la conveniencia de que la prueba preconstituida se desarrolle con la asistencia de personas expertas, de los equipos del EATP, existen supuestos en que es posible que se lleven a cabo en sede judicial, ante el Juez o Magistrado, Fiscal y Letrados. La ausencia de equipos psicosociales no invalida la prueba preconstituida, ni provoca que ésta no pueda ser valorada. Si se respetó el principio de contradicción y se

[13] A título de ejemplo en la STSJC nº 2835/2024 la Defensa recurrió por vulneración del art. 24 CE como consecuencia de la mala calidad de la prueba preconstituida, pues no fue posible su correcta audición en el plenario. Se desestima por cuanto, aunque presentaba deficiencias de sonido y este podría ser mejorable, en el mismo momento que se preconstituyó la prueba se extendió la correspondiente acta por el LAJ, que recogió de forma detallada las respuestas del menor.

[14] Vid. STS 482/2022, de 18 de mayo; STSJC 2835/2024, de 12 de marzo de 2024; y STSJC 8704/2023, de 12/9/2023.

[15] En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, Rec. 88/2023. Es más, en la Guía *BARNAHUS* de Barcelona, punto 3.5, se dice que "La prueba preconstituida se debe hacer, preferentemente, con la víctima menor en la *BARNAHUS* y la comisión judicial (juez, letrado de la Administración de Justicia, fiscal y abogado) en el juzgado, mediante la conexión telemática entre las dos partes, excepto cuando el juez haya decidido que la comisión judicial se desplace a la *BARNAHUS* para practicar la prueba".

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

documentó debidamente, nada cabe objetar a la decisión judicial de llevarla a cabo directamente por el titular del órgano[16].

4. Necesidad de corroboraciones periféricas

Sabemos que cuando de un único testimonio se trata, aun cuando sea el de la víctima (situación que suele ser habitual en los delitos contra la libertad sexual dadas las especiales circunstancias de privacidad en los que los mismos suelen cometer), la Jurisprudencia viene exigiendo en aquél ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia y verosimilitud, a la que suele llegarse con la constatación de algunas corroboraciones periféricas (coherencia externa).

Especialmente en el caso de menores víctimas de violencia sexual, no podemos hacer recaer todo el peso de la prueba en su testimonio, pudiendo encontrar corroboraciones al mismo en las declaraciones de parientes, amigos o personas que, en la mayoría de los casos por referencia, podrán apoyar el relato del menor. Además, el uso que realizan los menores de las nuevas tecnologías lleva a que, en algunos casos, se haya hecho uso de ellas en el curso de los hechos (WhatsApp, redes sociales…), extremos que también deberán ser investigados. Asimismo, debe recordarse la importancia que nuestros Tribunales conceden al informe psicológico como elemento de corroboración[17], que, si bien en ningún caso sustituirán al juzgador en su función de valorar las pruebas, pueden actuar como auxiliares de la función jurisdiccional[18]. Si bien *BARNAHUS* siempre intervendrá, el informe pericial se solicita al equipo técnico EATP, quien lo elaborará teniendo en cuenta el trabajo realizado por la Unidad Integral de *BARNAHUS*. De la misma manera también deberá indagarse sobre si el menor/adolescente ha recurrido a terapia al margen de *BARNAHUS*, y valorar la oportunidad de citar a este profesional como testigo/perito (art. 370.4 LEC). Debemos destacar en este punto la importancia de que el informe que se realice por el experto (bien sea Médico forense, EATP, *BARNAHUS*) se pronuncie en particular (circunstancias concretas y especiales) sobre la necesidad de que el menor no declare en juicio oral, no con carácter general.

En definitiva, en el curso de la instrucción no debemos renunciar a ningún indicio que pueda sostener el relato de la víctima.

16 En este sentido se pronuncia el ATS 20.857/2025, de 16 de enero: "Y todo ello teniendo en cuenta, primero, que la citada prueba preconstituida se practicó, como indicó el Tribunal Superior de Justicia de conformidad con las exigencias de esta Sala, ya que se respetó el principio de contradicción y se procedió a su grabación audiovisual (STS 281/2024, de 20 de marzo) y, segundo, que la asistencia de los especialistas a la prueba preconstituida es potestativa, conforme al artículo 449 ter LECrim y no obligatoria."

17 Vid la STS 162/2025, de 26 de febrero.

18 Vid la STS 296/2024, de 3 de abril.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

III. FASE INTERMEDIA

Es esencial que el Fiscal (y/o la acusación particular) comprueben en cada caso que la grabación de la prueba preconstituida se haya realizado conforme a las previsiones legales, se escuche correctamente y no se aprecie ninguna incidencia. Tras ello, en el trámite de conclusiones provisionales la declaración practicada como prueba preconstituida será propuesta como prueba testifical. No obstante, para prevenir eventualidades en fase de juicio oral sería conveniente influir la referencia a la prueba preconstituida en la proposición de prueba documental.

Supuestos:

1) Menores de 14 años

Si la declaración testifical se ha practicado como prueba preconstituida por tratarse de menores de 14 años, en los supuestos previstos en el art. 449 ter LECr, no se propondrá la citación del menor a juicio, y se interesará la reproducción de la prueba preconstituida en el acto de juicio oral. Ahora bien, si en el momento de calificar el menor tiene más de 14 de años en la fecha de juicio, la forma de proponerla será la misma, dado que el art. 449 ter de la LECr, establece que no pierde valor la prueba preconstituida efectuada por el hecho de que el menor supere el umbral de los 14 años en la fecha de juicio oral.

Ahora bien, en caso de que el menor ya tenga 16 o 17 años en el momento de calificar y no sea especialmente vulnerable, sería interesante solicitar por *OTROSI* la práctica como prueba anticipada, y previo al juicio, de un informe pericial actualizado, a realizar por los equipos técnicos, sobre el estado del menor y su victimización secundaria en caso de declarar en juicio oral, y ello dado el tiempo que se prevé que trascurrirá desde la realización del primer informe hasta el acto de juicio oral.

2) Mayores de 14 años en que se ha practicado prueba preconstituida

Con carácter general se propondrá la reproducción de la declaración practicada como preconstituida y subsidiariamente su citación a juicio para evitar la posibilidad de que el Tribunal no la admita.

3) Personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad cuando se ha practicado prueba preconstituida

Se propondrá siempre la reproducción de la declaración de la víctima practicada como prueba preconstituida. Asimismo, en caso de que la víctima tenga una discapacidad intelectual, es necesario que las resoluciones se redacten en formato de lectura fácil, para permitir que puedan comprender su contenido y garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos en el proceso[19].

[19] Cabe señalar que se efectuó consulta con la Fiscalía General del Estado y, en la Comunidad Autónoma de Catalunya,

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Finalmente cabe señalar que, en todos los casos anteriores, cuando se prevea que trascurrirá un elevado plazo de tiempo desde que se realizó el informe del equipo técnico, médico forense, Oficina de Atención a la Víctima, hasta que se celebre el juicio oral, y si se considera necesario dadas las circunstancias del caso concreto, sería aconsejable solicitar como prueba anticipada un nuevo informe por tal de proporcionar a la Sala un mayor argumento para mantener la declaración como prueba preconstituida. Asimismo, puede ser de gran ayuda a la hora de concretar la petición de responsabilidad civil al tener actualizado el estado de la víctima.

En caso de que concurran razones procesales que puedan privar de valor de prueba preconstituida a la declaración prestada por la víctima en instrucción, se propondrá la citación a juicio de la víctima evitando siempre la confrontación visual con la persona inculpada (art. 707 párrafo 2º LECr).

IV. FASE DE JUICIO ORAL

Para que la declaración en fase de instrucción de un menor tenga validez como prueba y pueda desvirtuar la presunción de inocencia del investigado es necesaria, finalmente, su incorporación en el acto del juicio oral a través de los cauces previstos en el art. 730.2 LECr y art. 449 bis in fine LECr.

En este sentido, el legislador de 2021 modifica el apartado segundo del art. 730 e introduce un nuevo art. 703 bis LECr conforme a los cuales cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de la víctima o testigo, podrá, a instancia de cualquiera de las partes, reproducirse en la vista la grabación audiovisual realizada, sin que sea necesaria su presencia en la vista.

Añade, además, que cuando se trate de un testigo menor de catorce años o con discapacidad que precisa de especial protección su presencia en el juicio oral pasa a ser excepcional y solo se requerirá su intervención cuando lo pida alguna de las partes y el órgano judicial lo estime conveniente en resolución motivada. Así pues, tras la reforma operada por la LOPIIA podemos extraer las siguientes conclusiones a cerca de la prueba preconstituida:

a) Con carácter general, el hecho de alcanzar una edad determinada o la mayoría de edad no implica que el testigo deba declarar en juicio[20].

es DINCAT la entidad encargada de realizar la conversión en dicho formato de lectura fácil. Las gestiones necesarias que deban llevarse a cabo por parte de Fiscalía Provincial de Barcelona en este punto, se gestionarán a través del Servicio de Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal.

[20] Sobre la no presencia en juicio del menor se pronuncia la STS 690/2021 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 de Septiembre, F.Jº. 3º.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

b) La jurisprudencia mayoritaria respalda que los menores de 16 años no declararán en juicio al ser la edad con la que el legislador otorga validez al consentimiento de los menores en los delitos contra la libertad sexual[21].

c) A partir de los 16 años hay sentencias que entienden que deberán declarar en juicio siempre que no concurran circunstancias especiales que desaconsejen su intervención directa (victimización, secuelas, discapacidad, vulnerabilidad, mayor sosiego y tranquilidad en la declaración o cualquier otra que desaconseje su presencia en el juicio). En caso de duda, se deberá interesar informe técnico al respecto[22].

d) Personas con discapacidad y especialmente vulnerables. Son personas que requieren de una especial protección. Presentan dificultad a la hora de entender, declarar y expresarse, por lo que es necesario evitar su declaración en juicio oral, y hacer valer como regla general la prueba preconstituida[23].

Finalmente debe tenerse en cuenta que, si a pesar de todo lo anterior, la prueba preconstituida no reúne todos los requisitos previstos en el art. 449 bis LECr y puede causar indefensión a alguna de las partes, la autoridad judicial competente podrá, a instancia de parte, acordar la intervención del testigo en la vista para practicar la declaración. En el caso de que así se acuerde, lo cierto es que la verdadera prueba es la testifical practicada en

[21] Vid STS 990/24, de 7 de noviembre de 2024. Delito de agresión sexual a menor de 13 años de edad. La prueba preconstituida se realizó cuando tenía 13 años, y en el momento del juicio contaba con 15 años. La defensa alega vulneración del derecho de defensa al serle denegada la prueba de la declaración de la menor en juicio al contar en esa fecha con 15 años. La sentencia entiende que ningún derecho se ha vulnerado porque la menor tenía 13 años en el momento de realizarse la preconstituida, compareció el acusado con su abogado que pudo hacer las preguntas que consideró necesarias. Y si se hace la preconstituida es para utilizarla en el plenario, no tiene sentido no hacerlo porque la víctima haya cumplido 14 años, sigue siendo menor de 16.

[22] Vid STS 281/2024, de 21 de marzo. Delito de abuso sexual a víctima con discapacidad intelectual leve y menor de 16 años al realizarse la prueba preconstituida. En juicio es mayor de edad. El Tribunal determina la validez de la prueba preconstituida. La prueba preconstituida reunía todos los requisitos del art. 449 bis LECrim, y se valora que, aunque en el momento del juicio tenga 18 años, padece una discapacidad intelectual leve y se solicitó, con carácter previo al juicio, informe técnico que desaconsejó su declaración al considerarla persona especialmente vulnerable. Cuando una de las partes reclama la prueba, el Tribunal debe verificar si subsisten las causas que aconsejaron su preconstitución, o incluso si han aparecido otras. Pero la denegación no puede basarse de forma exclusiva en que la prueba fue preconstituida. Que la persona sea mayor de edad en el momento de la celebración del juicio oral, por esta circunstancia sola, no puede determinar sin más que deba declarar en el plenario. Debe constatarse que las circunstancias que determinaron la anticipación persisten ene momento del plenario. El evitar la victimización secundaria no es patrimonio exclusivo de los menores de edad.
Vid STS 256/2024, de 14 de marzo. Se realizó prueba preconstituida cuando la víctima tenía 14 años, siendo mayor de edad en la fecha del Juicio. El Informe de la oficina de atención a la víctima exime la presencia en juicio por efectos negativos sobre el menor. "Ciertamente a la fecha de la vista, la víctima, aún menor, ya había sobrepasado los catorce años, que expresan los arts. 449 ter y 777 LECrim, pero como contiene la STS 869/2023, de 23 de noviembre, la misma advertencia que hemos hecho en relación con la vigencia del principio de contradicción cuando se trata del testimonio de menores de edad, cobra ahora plena vigencia cuando el Tribunal se enfrenta a la excepcionalidad de una declaración que se produce cuando la víctima ha alcanzado la mayoría de edad pero su testimonio no puede fluir con la serenidad aconsejable por el impacto emocional que los hechos enjuiciados han producido en la víctima; la literalidad del art. 730 de la LECrim y la ausencia de cualquier menoscabo del principio de contradicción y del derecho de defensa, convierte en plenamente razonable la decisión de los Magistrados de instancia".

[23] Vid STS 881/2023, de 29 de noviembre. Preconstituida, victima 24 años, discapacidad psíquica con carácter permanente del 43%. Este trastorno del desarrollo intelectual situaba su edad mental en los 12 años. Válida la prueba preconstituida. También la STS 1117/2024, de 9 de diciembre. Preconstituida de mayor de edad con discapacidad 65%, retraso mental moderado desde el nacimiento. Esa discapacidad intelectual la hace vulnerable.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

el juicio y el acceso a la preconstituida solo se puede verificar a través del trámite de los art. 714 y 730 LECr, en casos en que se observen contradicciones relevantes en su testimonio[24].

V. CONCLUSIONES

A raíz de la reforma de la LECr en materia de prueba preconstituida se ha conseguido un equilibrio razonable, respetuoso con los derechos de defensa del investigado/acusado, por un lado, y garante de los derechos de víctimas y testigos menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Por otro lado, con la misma se intenta evitar los riesgos de victimización secundaria derivados de la reiteración de declaraciones en el proceso y la prolongación de las actuaciones para las víctimas.

Con la nueva Ley Orgánica 1/2025 de Eficiencia de Servicio Público de Justicia se prevé crear Secciones especializadas en Violencia sobre la Infancia y la Adolescencia en aquellos partidos judiciales donde, tras analizar la carga de trabajo relacionada con delitos que afectan a menores, se ha considerado necesario su establecimiento. La consecuencia de los cambios que acarrearía la creación de estructuras judiciales especializadas en violencia contra la infancia, supone especializar los órganos que se encargarían, específicamente, de estos delitos cometidos contra menores, aminorando la carga de asuntos.

Así, como regla general, se debe preconstituir la declaración de la víctima en un espacio amigable, junto a personal especializado, siendo la prioridad prevenir la victimización secundaria, reducir las declaraciones del menor, y llevarse a cabo por profesionales especializados, conforme con la normativa internacional y nacional, respetando los derechos de la defensa y los principios de contradicción e inmediación. La garantía de medios materiales y profesionales para preconstituir como prueba la declaración del menor, debe realizarse respetando los derechos de la parte acusada.

La creación de las nuevas estructuras judiciales lograría que, en cada momento del proceso, se cuente con profesionales especializados en violencia contra la infancia: judicatura, letrados y letradas de la administración de justicia, fiscalía, abogacía, medicina forense, psicología forense, equipos técnicos y cualesquiera otros profesionales clave en el proceso, que interactúan con el sistema de justicia, tales como las oficinas de asistencia a la víctima del delito, servicios sociales o las fuerzas y cuerpos de seguridad; se previene

[24] Vid STSJC nº 106/24 de 19 de marzo. Delito de abuso sexual a menor de 16 años. Contaba con 12 años cuando se hizo la prueba preconstituida. Defensa pide declaración en juicio. La Sala lo admite en auto admisión prueba porque tendrá 16 o 17 años cuando se celebre el juicio, pero sin confrontación con el acusado. "Y aun cuando el desarrollo de la prueba se llevó a cabo mediante la exploración directa de la menor por parte del tribunal, lo cierto es que ni la defensa del acusado ni las acusaciones solicitaron ninguna pregunta ni aclaración a lo que entonces declaró, con lo que fue aquella prueba testifical, la que se practicó en el plenario, la que pasó a conformar el acervo probatorio, de suerte que fue la valorada por el tribunal de enjuiciamiento. Y es que en estos casos en los que se acuerda la presencia física del testigo al acto de juicio oral, el acceso de la preconstituida debe verificarse a través del trámite previsto en el art. 714 de la LECr, en aquellos casos en los que realmente se observen contradicciones relevantes en su testimonio, lo que tampoco se verificó en el presente supuesto.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

la victimización secundaria de las víctimas de violencia durante el proceso judicial y se respetan sus derechos, resultando menos lesivo el proceso. El sistema de justicia debe adaptarse a las necesidades e intereses de la infancia, integrando unas estructuras judiciales especializadas con las realidades de los diferentes territorios y el Modelo *BARNAHUS* (Casa de los Niños), que supone un gran avance, al ser un espacio amigable para la infancia en el que están integrados los servicios sociales, sanitarios, educativos, policiales y judiciales para atender desde lo social y lo judicial a los niños y las niñas víctimas de violencia en un mismo lugar.

Nuestra legislación procesal y la jurisprudencia, siguiendo los principios derivados del Derecho Comunitario y de los Tribunales Europeos, admite la prueba pericial psicológica evitando la presencia del menor en un Tribunal y su «victimización secundaria», siendo imprescindible que los peritos que la desarrollen expongan de forma clara, en la medida de lo posible, las conclusiones derivadas de su actuación con el menor y la forma de practicar la misma y las preguntas dirigidas al menor pueden ser formuladas a través de los profesionales que dirigen la prueba.

El órgano judicial que acuerde la práctica de la prueba pericial deberá cuidar que ésta se desarrolle en un entorno adecuado a las circunstancias del menor y que, para su validez posterior en el acto del Juicio Oral, se haya dado la oportunidad de intervenir a todas las partes personadas en el procedimiento, fundamentalmente a la defensa del acusado, a fin de que pueda formular aquellas cuestiones que considere de interés para su defensa, siendo imprescindible su grabación a través de medios que permitan su posterior reproducción ante el Tribunal que ha de dictar sentencia, con asistencia de los profesionales que la realizaron.

En definitiva, cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por el Tribunal por haberse conformado la prueba preconstituida y con posterior informe técnico, o razones fundadas y apreciadas motivadamente por el Tribunal, atendido el caso concreto, que aprecie la victimización, esta motivación del Juez o Tribunal, bien en el auto de admisión de pruebas, bien en cualquier otro momento posterior, no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ RIAZA, S./DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. Nuevo valor de la prueba preconstituida en los procesos penales con menores víctimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009). Artículo publicado en la revista Diario La Ley, n.º 7430, Sección Tribuna, 23 de junio de 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Coord.) Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

JUANES PECES, A. Ley de Enjuiciamiento Criminal comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias. Editorial Lefrebvre El Derecho. Madrid, 2016.

LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. 19ª edición. Editorial Dykinson. Madrid, 2015.

LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

MAGRO SERVET, V. Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos de agresiones sexuales. Artículo publicado en La Ley Penal, n.º 64, de 2009.

MAQUEDA ABREU, M.L. / LAURENZO COPELLO, P. El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica. 5ª edición. Tirant lo Blach. Valencia, 2017.

MARCHENA GÓMEZ, M. / GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal en 2015. Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

MONTERO AROCA, J. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal. Parte General. 9ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

RIFÁ SOLER, J.M / RICHARD GONZÁLEZ, M. El proceso penal práctico. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios. Editorial Wolters Kluwer. Las Rozas (Madrid), 2017.

RIVES SEVA, A.P. (Dir.) La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Tomos I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas. Elcano (Navarra), 1997, pp. 342 y ss.

ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Tomos II. Formas de aparición del delito. Editorial Civitas. Elcano (Navarra), 2014.

SÁNCHEZ MELGAR, J. Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Sepin. Madrid, 2016.

BARJA DE QUIROGA, J (Director). Código Penal con jurisprudencia sistematizada. 6ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

FASE DE ADOPCIÓN, PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Isabel Eugenia Jiménez de Lucas

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Doctoranda en URJC

SUMARIO: *I. Introducción. II. Principios de la orden de protección. III. Requisitos para su adopción. IV. Legitimación para solicitarla. V. La comparecencia para la adopción de la orden de protección. 1. La admisión de la solicitud. 2 La celebración de la comparecencia. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo se centra en los presupuestos y requisitos para la orden de protección, examinando la denominada fase de adopción de esta. Por la amplitud de la materia, queda para un trabajo posterior el análisis de las medidas concretas que pueden adoptarse y de las consecuencias de su adopción.

La regulación de la orden de protección se ha desarrollado a través de las siguientes leyes, fundamentalmente:

- Ley 27/2003, de 29 de septiembre, reguladora de la Orden de Protección.
- LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.
- LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.
- LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.
- LO 9/2918, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género.
- LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia frente a la Violencia.

La evolución de la orden de protección viene guiada desde un primer momento por una premisa básica, que es la convicción de que la violencia de género es un problema que sólo puede abordarse desde una perspectiva integral, esto es, con una intervención desde múltiples áreas. Dice la Exposición de motivos de la Ley 27/2003, de 29 de septiembre, reguladora de la Orden de Protección, que crea esta figura, introduciendo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo art. 544 *ter*: *La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. La situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

ciudadanía. Resulta imprescindible por ello arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves. Es necesaria, en suma, una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad. La creación de la orden de protección buscaba articular un instrumento procesal sencillo que permitiera a las víctimas, de forma rápida y fácil, obtener una única resolución que fuera el interruptor que permitiera, con un solo toque, la puesta en marcha de medidas de protección de índole penal, civil y social, evitando un largo y difícil periplo judicial[1]: *La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador.*

Esta idea de la orden de protección como un interruptor fácil de accionar que permite de forma rápida y sencilla obtener protección en diversas áreas (medidas penales, civiles, sociales, educativas, asistenciales…) se ha mantenido hasta la actualidad, destacando la importancia de una respuesta multifactorial a la violencia de género la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El apartado quinto del art. 544 ter recoge este carácter de la orden de protección como instrumento polivalente que sirve de llave para alzar barreras y mecanismos de protección de la víctima en distintos ámbitos: *5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.*

[1] Fuentes Soriano, O. "El enjuiciamiento de la violencia de género" Ed. Iustel, Madrid, 2009. Pág. 165.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

II. PRINCIPIOS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La Disposición Transitoria 2ª de la Ley 27/2003 preveía la creación de una Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Ley Reguladora de la Orden de Protección de la Víctima de Violencia Doméstica. Esta Comisión elaboró un Protocolo que contiene una enumeración de los principios que inspiran la orden de protección.[2]

Estos principios son los siguientes:

- Principio de protección de la víctima y de la familia. Es el principio fundamental que debe orientar la aplicación de la orden de protección.
- Principio de aplicación general. La orden de protección debe adoptarse siempre que sea necesaria. En el momento de la redacción de este Protocolo, aún existían las faltas, por lo que el texto se asegura de indicar que la orden de protección debe ser aplicada incluso cuando los hechos pudieran ser constitutivos de falta y no de delito. En la actualidad, las faltas han sido sustituidas por delitos leves, pero el principio nos indica que la orden de protección podría ser adoptada incluso aunque se trate de un delito leve, siempre que resulte necesaria y proporcionadas las medidas adoptadas.
- Principio de urgencia. El procedimiento para adoptar la orden de protección debe ser ágil, pues es el primer y principal principio, la protección de la víctima y de la familia, demanda que la protección sea urgente y efectiva. Al mismo tiempo, el procedimiento debe salvaguardar las garantías procesales del investigado.
- Principio de accesibilidad. La orden de protección debe ser sencilla de pedir y sin costes añadidos. La información necesaria debe ser fácilmente accesible para la víctima también. La designación de Letrado para la asistencia a la víctima ya desde el momento inicial y la elaboración de un formulario con el fin de facilitar la petición (y de obtener fácilmente la información necesaria para decidir sobre el nivel de riesgo y sobre las medidas que puedan ser necesarias) son dos de las previsiones que responden a este principio de accesibilidad.
- Principio de integralidad. La orden de protección debe actuar como un interruptor que, en un solo toque, active todas las medidas de protección de la víctima y de su familia que resulten necesarias, tanto de orden penal, como civil, social, asistencial, educativo, etc. La orden de protección basta por sí misma para conferir a la víctima un "estatus integral de protección".

[2] "Protocolo para la implantación de la Orden de Protección de la víctima de violencia doméstica". 3 de junio de 2004. Pp. 3-5.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- Principio de utilidad procesal. La orden de protección debe orientarse a "facilitar la acción de la Policía Judicial y subsiguiente proceso de instrucción criminal, especialmente en lo referente a la recogida tratamiento y conservación de pruebas."

III. REQUISITOS PARA SU ADOPCIÓN

El apartado primero del art. 544 *ter* recoge los requisitos que deben darse para que proceda la adopción de una orden de protección: *1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo*.

Como puede verse, se perfilan tres requisitos en este precepto, y todos ellos deben concurrir para que proceda la adopción de la orden de protección:

1. Existencia de indicios fundados de la comisión de un delito (ya han desaparecido las faltas de nuestro Código Penal), que debe pertenecer a las categorías expresamente enumeradas en el precepto, no siendo posible extenderlo a otro tipo de delitos. La orden de protección siempre va a ser accesoria a un procedimiento penal[3].
2. Un requisito subjetivo: que la víctima de ese delito sea una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código Penal. Por ello, la orden de protección regulada en el art. 544 *ter* es un instrumento aplicable tanto en el supuesto de violencia de género como en el supuesto de violencia doméstica.

El art. 173.2 del Código Penal, por su importancia, merece ser reproducido: *2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de*

[3] San-Díez de Ulzurrun Escoriaza, J. y Moya Castilla J.M. "Violencia de género: Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género." Ed. Experiencia, Barcelona, 2005. Pág. 144.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

El análisis de este artículo excede del ámbito de este trabajo, pues encierra más complejidad de lo que parece. Baste decir que la violencia doméstica no se limita a la que pueda existir entre parientes, pues el ámbito subjetivo de la violencia doméstica puede extenderse incluso a una persona que, aunque no sea pariente de la víctima, esté integrada en su *núcleo de convivencia familiar*.

3. Debe existir una situación de riesgo objetivo para la víctima. En este punto merece la pena recalcar la importancia que el calificativo "objetivo" tiene en este contexto. No se trata de apreciar si la víctima tiene o no miedo, sino que el riesgo en que se halla la víctima debe valorarse por el juez con un criterio objetivo, y con independencia de la apreciación subjetiva que la víctima haga de su propia situación.

Para valorar la existencia de una situación objetiva de riesgo, la Secretaría de Estado de Seguridad aprobó la Instrucción 10/2007, de 10 de julio, modificada por la Instrucción 5/2008, de 18 de julio, diseñando un protocolo policial para la valoración del riesgo, que se apoya en indicadores que han podido relacionarse objetivamente con una situación de riesgo que ha dado lugar a un desenlace de agresión en el pasado. No obstante, la valoración policial no sustituye a la valoración judicial del riesgo. Es el juez quien, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la prueba que ha podido practicar antes de resolver sobre la orden de protección (y también, por supuesto, la valoración policial del riesgo) decidirá si existe una situación objetiva de riesgo para bienes jurídicos de la víctima.

Además, la orden de protección debe adoptarse con observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad:

1. Que sea precisa la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en el art. 544 *ter* para proteger a la víctima de ese riesgo que se aprecia. La exigencia de que la medida sea necesaria se estipula también en el art. 68 de la LO 1/2024, Este requisito se desdobla en dos, pues implica que la medida ha de ser idónea para prevenir la lesión de los bienes jurídicos de la víctima que se hallan en riesgo y que no debe haber un medio menos gravoso para el investigado que resulte igualmente eficaz para proteger a la víctima, en función de las circunstancias (subsidiariedad).

2. Junto al principio anterior recogido expresamente en el precepto que venimos analizado debe añadirse, como en toda medida cautelar, la proporcionalidad entre el mal que se pretende evitar y la privación de derechos fundamentales que se impone cautelarmente al investigado. Este requisito se recoge también expresamente en el art. 68 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Protección Integral contra la Violencia de Género.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La resolución que acuerde la orden de protección necesariamente deberá adoptar la forma de auto motivado (art. 68 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre), y establecer la duración temporal de la misma, teniendo en cuenta que siempre va a ser accesoria a la existencia del procedimiento penal en que se acuerde. Es práctica habitual en el foro acordar que la orden de protección seguirá vigente hasta que el procedimiento termine por resolución firme. Posteriormente, en caso de condena, la pena de alejamiento y prohibición de comunicación pueden sustituir a la medida análoga acordada en la orden de protección, si bien deberá abonarse el tiempo de duración de la medida cautelar para el cumplimiento de la pena. No obstante, esta práctica ha sido muy criticada, pues el art. 69 de la LO 1/2004 dice, textualmente: *Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondan. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.*

Por tanto, la competencia objetiva para decidir sobre la continuación de las medidas personales adoptadas tras el dictado de la sentencia no corresponde al juez que adopta la orden, sino únicamente al juez sentenciador. En el mismo sentido, el art. 61.2 de la Lo 1/2004 claramente se refiere a la necesidad de establecer un plazo determinado para la duración de las medidas penales de la orden de protección, en consonancia con los principios que rigen las medidas cautelares penales, provisionalidad y excepcionalidad, principios que se oponen al establecimiento de un plazo indeterminado en la orden de protección.

IV. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITARLA

El precepto fundamental que regula la materia es el apartado 2 del art. 544 *ter: 2. La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal*

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

Como vemos, el juez puede convocar de oficio la comparecencia para su adopción, y acordarla, aunque no sea solicitada ni por la víctima ni por el Ministerio Fiscal. Este precepto refleja lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica 1/04, tras su nueva redacción por la LO 8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, precepto que encabeza el capítulo IV del Título V de esta Ley Orgánica, que regula de manera expresa las medidas de protección en los procedimientos relacionados con la violencia de género, disponiendo que en todos estos procesos el juez deberá pronunciarse sobre la adopción o no de dichas medidas cautelares, aun cuando ninguna parte legitimada las haya interesado. El mencionado precepto exige al juez pronunciarse sobre la situación de riesgo derivada de la denuncia, acordando o no dichas medidas: *2. En*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.

Lo usual, no obstante, es que bien la propia víctima, bien el Ministerio Fiscal, soliciten la adopción de orden de protección y, de acuerdo con el precepto, también puede ser solicitada por un familiar (por ejemplo, un progenitor puede pedir una orden de protección en favor de su hijo menor de edad). Ahora bien, es importante tener en cuenta que la orden de protección va a aglutinar medidas de diferente naturaleza de forma que, además de la legitimación para solicitar la orden de protección, que acabo de exponer, es preciso tener en cuenta que la legitimación para solicitar cada tipo de medida es diferente de la legitimación inicial para solicitar la orden de protección, rigiéndose según la naturaleza de la medida a adoptar.

De esta forma, el apartado 7º del art. 544 *ter,* tras su modificación por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia, otorga la legitimación para instar medidas de naturaleza civil a la víctima y al Ministerio Fiscal, en este último caso únicamente si hubiera hijos menores de edad o personas con sometidas a curatela u otra medida de apoyo a la capacidad: *7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada.*

Igualmente, en relación con las medidas penales, la legitimación dependerá de su naturaleza. Por ejemplo, la medida de prisión preventiva debe ser solicitada por la acusación particular o el Ministerio Fiscal.

Conviene hacer un pequeño apunte antes de cerrar este epígrafe sobre la importancia de la asistencia letrada a la víctima y las especificidades que adquiere cuando se trata de una víctima de violencia de género. El art. 2-g de la L 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita establece en este ámbito el principio de unidad de defensa, que también se recoge en el art. 20 de la LO 1/2004, de forma que la defensa será unitaria para todos los procesos judiciales y administrativos que se deriven de la situación de violencia. Se trata de una defensa especializada, estableciéndose por los distintos colegios profesionales un turno específico para violencia de género, que exige de los abogados formación en esta área. Además, a la víctima de violencia de género se le reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita con independencia de que tenga recursos para litigar e incluso de que sea preceptiva la intervención de Letrado para la actuación concreta de que se trate. Asistencia jurídica gratuita, unitaria y especializada son, pues, los tres principios característicos de la asistencia letrada a la víctima de violencia de género. Ha venido constituyendo una reivindicación constante que la asistencia letrada sea obligatoria ya en el momento de interponer la denuncia, para asegurar el derecho de defensa de

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

las víctimas, pues la denuncia debe contener un relato de hechos exhaustivo y una indicación o aportación de los medios de prueba existentes que requiere de conocimientos especializaos de los que la víctima carece, y porque la víctima necesita asesoramiento ya en el momento de interponer la denuncia para conocer en qué consiste la orden de protección y las medidas que pueden adoptarse, pues la petición de la orden de protección desde un momento inicial puede ser fundamental para la protección de la mujer y de sus hijos.

V. LA COMPARECENCIA PARA LA ADOPCIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

1. La admisión de la solicitud

En aras a lograr una respuesta rápida y asegurar así el objetivo prioritario de la orden de protección, que es la seguridad de la víctima y su familia, la decisión sobre la orden de protección se va a resolver por el juzgado de violencia sobre la mujer (o por el juzgado de instrucción de guardia, cuando se recibe en fin de semana o festivo), aunque posteriormente se produzca una inhibición por no ser ese juzgado el competente para la instrucción de la causa. La inmediatez se considera esencial en la regulación de la orden de protección, de forma que se prevé que la solicitud sea trasladada ante la autoridad judicial de forma inmediata, y que el juez de violencia sobre la mujer, o el juez de guardia, en su caso, deberán decidir sobre la misma aunque no sean competentes para continuar la instrucción, y de forma previa a inhibirse en favor del juzgado competente. Así se dispone en el art. 544 ter: *3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.*

La misma previsión se contiene en el art. 61.2 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Recordemos que va a ser competente para conocer de la instrucción del delito el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer del domicilio de la víctima en el momento de suceder los hechos[4].

Recibida la solicitud, la primera cuestión que se plantea, y que es de vital importancia, es si debe el juez obligatoriamente convocar la comparecencia prevista en el art. 544 *ter* para decidir sobre la orden de

[4] No es raro que a lo largo de estos procesos se produzca un cambio en el domicilio de la víctima, muchas veces motivado por la ruptura de la relación. En este caso, el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 atribuye la competencia para la instrucción de los hechos al juzgado de violencia sobre la mujer del lugar donde se cometieron los hechos.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

protección o puede inadmitirla si, a la vista del contenido de la denuncia, considera que no concurren las condiciones para acordar la orden de protección.

De la dicción literal del primer párrafo del apartado tercero del art. 544 *ter,* anteriormente transcrito, parece deducirse que el juez debe convocar necesariamente la comparecencia si recibe una solicitud de orden de protección. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003, por el contrario, considera que la convocatoria de la comparecencia no será necesaria si de la propia denuncia se deduce con claridad que no se va a poder acordar la orden de protección si falta alguno de los requisitos indispensables para su adopción: *En los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquella que no concurren los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el art. 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de una infracción penal, o que ya existen medidas cautelares suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar Auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia.*

Ahora bien, si no se celebra la comparecencia, el juez estaría adelantando la decisión, llegando a conclusiones sin haber escuchado a las partes, y sin que pueda, por tanto, mediar el principio de contradicción. Creo que merece la pena leer el razonamiento de la Audiencia Provincial de Asturias, expresada en el Auto 406/2014, de 15 de julio, por su claridad expositiva: *La del art. 544 ter en su número 4, en relación con el número 1, no deja lugar a dudas, al hacer uso del vocablo "convocar", debiendo exteriorizarse por el instructor la resolución que habrá de dictar a posterior, y tras tomar declaración a los intervinientes a tenor del principio de inmediación del que goza, [5]si concurren los dos requisitos que legitiman la adopción de la orden de protección, pronunciamiento que no cabe hacer de manera anticipada con base en la mera valoración automática efectuada en sede policial del riesgo, por cuanto lo contrario supondría vaciar de contenido el espíritu que impregna la LO 1/2004.*

No obstante, la casuística de nuestros juzgados demuestra que no siempre se decide sobre una orden de protección tras haber escuchado a las partes y con pleno respeto al principio de contradicción y de audiencia[6], siendo muy frecuente que la falta de concurrencia de la víctima o del investigado impida que se adopte la orden de protección. En estos casos es posible adoptar una medida cautelar conforme al art. 544 *bis* de la LECR. La petición sólo debería ser inadmitida cuando no se trate de uno de los sujetos a que se refiere el art. 173.2 del Código Penal o cuando ya exista una orden de protección anterior que garantice la seguridad de la víctima[7].

[5] Serrano Hoyo, G. "Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, nº 22 (2004), pág. 83.

[6] Chirinos Rivera, S. "Protección integral contra la violencia de género: Cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 66

[7] Rodríguez Lainz, J.L. "La orden de Protección del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la Jurisprudencia Penal." Revista de Derecho de Familia n.º 32 (2006), pág. 39.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2. La celebración de la comparecencia

La comparecencia debe llevarse a cabo con la citación de las partes, sus Letrados (se recomienda la asistencia de Letrado a la víctima y, en el caso de las mujeres víctimas de violencia de género, se designará uno del turno de oficio si lo solicitan) y del Ministerio Fiscal, en un plazo no superior a 72 horas. La tramitación de la comparecencia se regula en el apartado 4 del art. 544 *ter*: *4. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.*

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

Como se ha mencionado anteriormente, al hablar de la legitimación para pedir la orden de protección, diferenciándola de la legitimación para pedir cada una de las concretas medidas, la orden de protección se ha caracterizado por la doctrina como un acto procesal complejo, que reúne de forma flexible en una única resolución medidas diversas que vienen reguladas cada una por su propia normativa[8].

La incomparecencia de las partes, si es justificada, puede determinar la suspensión de la comparecencia, si el juez considera que no tiene suficientes elementos de juicio para decidir sin oír a las partes. No obstante, podrán adoptarse las medidas acordadas en el art. 544 bis, y ello para la protección de la víctima en tanto se puede tramitar la orden de protección, así como, en su caso, las medidas urgentes de protección en beneficio de los menores, previstas en el art. 158 del Código Civil.

[8] De Hoyos Sancho, M. "La orden de protección de la víctima de la violencia de género." En Monserrat de Hoyos Sancho (coord.): Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009. Pág. 527.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La ley prevé expresamente que se adopten las medidas necesarias para evitar la confrontación de la víctima con su agresor con ocasión de la celebración de la comparecencia, lo que es muy importante para evitar la victimización secundaria de la víctima al verse forzada a enfrentar al agresor en un momento en que es especialmente vulnerable. Igualmente, existen medidas de acompañamiento que pueden ayudar a la víctima a pasar por este momento. Como ya se ha indicado, la asistencia de Letrado para la víctima sigue siendo, hoy en día, opcional[9], si bien altamente recomendable para orientar a la víctima y que sepa qué medidas pueden ser más adecuadas en su caso y qué información es preciso que proporcione. Aunque la orden de protección puede ser acordada en cualquier momento del procedimiento penal, siempre que se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo para la víctima, en la abrumadora mayoría de los casos se concede al principio, nada más interponerse la denuncia.

VI. CONCLUSIONES

La orden de protección se creó para convertirse en un instrumento único de naturaleza procesal compleja, pues permite reunir en una única resolución y tras la tramitación de un único procedimiento medidas de naturaleza civil, penal y social, y activar los mecanismos sociales, asistenciales y educativos previstos en protección de las víctimas. Se trata de articular un procedimiento sencillo y rápido que permita a la víctima lograr la protección que precisa en todas las áreas posibles, evitando que tenga que acudir a un procedimiento judicial o administrativo diferente para lograr cada medida que precisa.

La orden de protección se aplica tanto a la violencia doméstica como a la violencia de género, si bien su desarrollo ha venido ligado íntimamente a la evolución de lucha contra la violencia de género. Ha sido la constatación de que la mujer víctima de violencia de género encontraba muy difícil salir de su situación debido a su situación de vulnerabilidad, no solo emocional (dependencia del agresor) sino también económica, precisando que se adoptasen coordinadamente una serie de medidas, de protección física pero también económica para sí y sus hijos y, en su caso, de reinserción social y laboral, educativas o incluso terapéuticas, lo que ha llevado al desarrollo de una herramienta procesal que pudiera proporcionar todos esos resultados de forma rápida y fácil de activar sin costes añadidos. Al mismo tiempo, el procedimiento debía salvaguardar las garantías penales del investigado.

Por ello, la orden de protección diseña un mecanismo muy fácil de activar por la simple petición de la víctima, al tiempo que se elaboran protocolos que prevén la colaboración de los cuerpos y fuerzas de seguridad y de otras administraciones, de forma que se proporcione a la víctima la información y los medios para solicitar la

[9] Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil, elaborado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección a la víctima de violencia doméstica. También en la Circular 3/2003, de 18 de diciembre, so algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

orden de protección y proporcionar la información necesaria, simplemente rellenando un formulario. Al mismo tiempo, los derechos procesales del investigado se protegen mediante la obligatoriedad de la celebración de una comparecencia sometida a los principios de contradicción, igualdad de armas e inmediación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Ley 27/2003, de 29 de septiembre, reguladora de la Orden de Protección.

LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.

LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

LO 9/2918, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género.

LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia frente a la Violencia.

Documentos técnicos, monografías y artículos doctrinales

Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006.

Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003.

Chirinos Rivera, S. "Protección integral contra la violencia de género: Cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley". Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2010.

Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. "Protocolo para la implantación de la Orden de Protección de la Víctima de Violencia Doméstica." 3 de junio de 2004.

De Hoyos Sancho, M. "La orden de protección de la víctima de la violencia de género." En Monserrat de Hoyos Sancho (coord.): Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

Fuentes Soriano, O. "El enjuiciamiento de la violencia de género" Ed. Iustel, Madrid, 2009.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección a la Víctima de Violencia Doméstica. "Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de la víctima de violencia doméstica." 18 de diciembre de 2003.

Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección a la Víctima de Violencia Doméstica. "Protocolo para la implantación de la Orden de Protección de la víctima de violencia doméstica." 3 de junio de 2004.

Rodríguez Lainz, J.L. "La orden de Protección del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la Jurisprudencia Penal." Revista de Derecho de Familia n.º 32 (2006).

San-Díez de Ulzurrun Escoriaza, J. y Moya Castilla J.M. "Violencia de género: Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género." Ed. Experiencia, Barcelona, 2005.

Serrano Hoyo, G. "Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, n.º 22 (2004).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE LA EJECUCIÓN PENAL

Mónica Martínez Fernández

Funcionaria de la Secretaría del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Consejo de Europa[1]

SUMARIO: *I. Concepto, principios y naturaleza de la mediación durante la ejecución de las penas. II. Ventajas para el penado, la víctima y la sociedad. III. Conclusiones. IV. Bibliografía*

I. CONCEPTO, PRINCIPIOS Y NATURALEZA DE LA MEDIACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

1. Concepto y fines de la mediación en el proceso penal

El presente artículo analiza sucintamente el impacto de la mediación en la fase de la ejecución de la pena, incluyendo la disminución de la población penitenciaria, de la reincidencia y de la criminalidad.

La mediación penal es el máximo exponente de la justicia restaurativa, que, frente a la justicia retributiva, constituye una forma de justicia centrada en las victimas y en formas alternativas de resolver conflictos de menor gravedad.

Podría decirse que en este sentido se remonta al Capítulo VI de la Carta de Naciones Unidas,[2] que promueve la resolución pacífica de los conflictos internacionales, en relación con el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,[3] conforme al cual todos los seres humanos nacen libres y dotados de razón y conciencia debiendo comportarse fraternalmente los unos con los otros.

La mediación en el ámbito penal tiene como finalidad reparar o disminuir el daño causado por el delito resarciendo a la víctima o a la comunidad de manera simbólica si no existiera víctima. En la ejecución penal, la mediación, puede atenuar la pena en lo que respecta a delitos menos graves mediante la reparación del daño causado por el delito, así como suspender la ejecución de la sentencia, normalizando la vida del infractor y contribuyendo a su reinserción social, conforme al artículo 25.2 de la Constitución española. Por otro lado, la mediación ayuda a esclarecer las causas reales y las consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de la víctima e infractor[4].

---

1 Las opiniones expresadas en este articulo corresponden exclusivamente a su autora y no son atribuibles al Consejo de Europa.

2 Aprobada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

3 Firmada el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre de 1945.

4 *Ibidem* nota 5.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

No es un mecanismo alternativo de resolución alternativa de conflictos *stricto sensu* puesto que no impide que el procedimiento penal deba continuar adelante hasta su terminación. Se trata fundamentalmente de aplicar el principio de intervención mínima del Derecho Penal, evitando la saturación de los tribunales, con el debido respeto de los derechos de las víctimas y del inculpado, y por consiguiente de las necesarias garantías procesales.

2. Instrumentos internacionales y europeos que promueven medios alternativos de resolución de conflictos[5]

Entre los instrumentos que promueven la conciliación y la reparación de las victimas así como la responsabilización de las personas acusadas, se encuentran a título de ejemplo, la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) y las resoluciones 1999/26, 2000/14, y 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas sobre programas de justicia restaurativa en materia penal.

A nivel europeo, las siguientes recomendaciones del Consejo de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa resultan de interés:

(a) CM/Rec (99)19, de 15 de septiembre de 1999, relativa a la mediación en materia penal que incluye los principales criterios que regulan la mediación penal conforme a los estándares europeos: define la mediación como *cualquier proceso que permite a la víctima y al reo participar activamente, si lo consintieran libremente, en la solución de las dificultadas ocasionadas por el delito con la ayuda de un tercero independiente (el mediador)*.

La mediación penal se concibe como una opción flexible basada en la implicación de las partes (participación personal activa) para la resolución del problema y como complemento o alternativa al procedimiento penal tradicional. Es un instrumento idóneo que reconoce el interés legítimo de las víctimas permitiendo la expresión de las consecuencias de su victimización, de sus necesidades, así como la reparación del daño sufrido. El reo puede mediante esta metodología reforzar su sentido de responsabilidad y mejorar las condiciones de su reinserción.

(b) CM/Rec (2006) 2, de 11 de enero de 2006, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, también incorpora la mediación como instrumento de resolución de conflictos entre las personas penadas.

[5] CASTRO JOVER, B. (Abogada) La mediación penal como práctica restaurativa en la fase de ejecución penal. Diario La Ley, Nº 9710, Sección Tribuna, 6 de Octubre de 2020, Wolters Kluwer.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

(c) CM/Rec (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre la asistencia a las víctimas del delito, establece que los organismos oficiales habrán de valorar la posibilidad de ofrecer a las víctimas la mediación penal cuando esta pueda resultar beneficiosa para aquellas, evaluando siempre los riesgos que pueda conllevar el procedimiento, y

(d) CM/Rec (2018) 8, de 3 de octubre de 2018, en materia de justicia restaurativa penal: establece la definición de la justicia restaurativa concibiéndola como un proceso que permite a las personas dañadas por el delito y a las responsables del daño a participar activamente, siempre con consentimiento libre e informado para ello, en la resolución de las consecuencias del delito con la ayuda de un tercero independiente y cualificado. Asimismo, dispone que *dependiendo del país en el que se emplee y de la manera de administrarse, se puede hacer referencia a la justicia restaurativa como mediación entre la víctima y el ofensor, mediación penal, conferencias restaurativas, conferencias de grupo familiar, círculos de sentencia o círculos de pacificación entre otros.*

Anticipando la regulación a nivel europeo de la mediación, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ), ha realizado interesantes estudios comparativos sobre el uso de la mediación en Europa y sobre la calidad de la mediación penal en particular[6].

Asimismo, la CEPEJ ha desarrollado un manual sobre la mediación destinado a legisladores, así como guías prácticas y materiales de sensibilización y formación para profesionales de la mediación (jueces[7], fiscales, abogados, policía), que incluyen aspectos relacionados con los conflictos transfronterizos y los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos[8].

En lo que respecta a buenas prácticas en la mediación penal, y más en general en el ámbito de la justicia restaurativa, la CEPEJ también ha promovido intercambios de conocimiento y experiencia entre profesionales a nivel nacional y europeo, así como de aumentar la visibilidad y el papel de las víctimas[9].

En los países miembros de la Unión Europea, el instrumento fundamental es la Directiva 2012/29/UE, conforme a la cual la finalidad principal de la mediación penal es *garantizar que las víctimas de delitos reciban la información, el apoyo y la protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales. Su objeto inmediato es el establecimiento de normas mínimas obre los derechos, el apoyo, y la protección de las víctimas de los delitos. El establecimiento de este estándar mínimo no impide que los Estados miembros puedan ampliar los*

6 LHUILLIER J., Profesor de Derecho/Experto CEPEJ, Universidad de Nancy.

7 Ver Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación (GEMME) y la guía del CGAE sobre la práctica de la mediación penal para abogados.

8 Grupo de trabajo sobre la mediación, CEPEJ, Consejo de Europa. 2007 – 2009 y 2017 -2019

9 CEPEJ Grupo de trabajo sobre la mediación. Sesión sobre la justicia restaurativa y las estrategias de los gobiernos: contribución del Reino Unido. Abril 2007.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

derechos establecidos en ella, proporcionando así un nivel más elevado de protección en sus respectivos territorios.

3. El marco legislativo de la mediación penal en España

De conformidad con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, España ha impulsado la mediación penal a través de la cual víctima e infractor establecen un proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial, que posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas, propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida[10].

La Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, ha sido en buena parte trasladada el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Mas recientemente, la Ley Orgánica 1/2025[11] reconoce los beneficios de la justicia restaurativa modificando, entre otras normas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El nuevo artículo 988 bis de la LECr, podría a mi entender servir como aliciente para promover la mediación entre la persona condenada y la victima/s en la fase de ejecución penal, con vistas a modificar la duración o suspender la ejecución de medidas privativas de libertad en conformidad con lo dispuesto en el Código Penal y otra legislación aplicable.

Si bien la nueva Ley se focaliza en conflictos en los ámbitos civil y mercantil, claramente pone a las personas, incluyendo a las víctimas y a los encausados/as (y por ende condenados/as), en el centro del conflicto, apostando por soluciones colaborativas y pacificas, humanizando la justicia y orientándola hacia al consenso[12].

Considero por consiguiente que debería aprovecharse la oportunidad que bringa esta importante reforma legal para, además de agilizar los procedimientos judiciales y aumentar la eficiencia de la justicia en España, fomentar el uso de la mediación durante la fase de la ejecución penal con las debidas garantías. Tal y como argumento en este artículo, ello contribuiría a disminuir la población en nuestras cárceles, lo cual indirectamente promovería la rehabilitación y reinserción social de las personas privadas de libertad, así como a prevenir la reincidencia y la criminalidad en último término.

---

10 La mediación en el proceso penal; CGPJ; www.poderjudidical.es (21.07.2025) y

11 Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

12 CAZORLA J., Miembro de la Sub-Comisión de Derecho Penitenciario del Consejo General de la Abogacía Española. La nueva Ley de eficiencia apuesta por la justicia restaurativa. 24 de abril 2025. www.abogacia.es. y blog Derecho Penitenciario. CGAE. 21 julio 2025.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Por último, quisiera mencionar la existencia de convenios interinstitucionales entre el Ministerio de Justicia, el CGPJ y las Comunidades Autónomas, así como a nivel de los profesionales del derecho (CGAE, Fiscalía General del Estado, CGPJ, Consejo General de Procuradores) que también promueven mejoras en el acceso a la justicia, así como su eficacia, incluyendo la mediación u otros medios adecuados de resolución de controversias (MASCs).

En lo que respecta a la violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004 sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Genero establece la prohibición expresa de la mediación para este tipo de delitos que se ha extendido a los delitos de violencia sexual por la Ley Orgánica 10/2022[13].

El Consejo General del Poder Judicial apoya y supervisa las iniciativas de mediación que se llevan a cabo en Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales[14].

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) en convenio con el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado también contribuye a impulsar la mediación en la ejecución de las penas privativas de libertad. Para su desarrollo en la práctica, cuentan con el apoyo de asociaciones sin ánimo de lucro compuestas por mediadores inscritos en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia que tienen firmados convenios de colaboración con la SGIP[15].

En la justicia de menores (de 14 a 18 años) la mediación es también un medio para alcanzar la reeducación del menor. El Derecho penal de menores contempla expresamente la mediación penal como instrumento para la reparación del daño y la conciliación con la víctima, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El Reglamento de desarrollo de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, regula el procedimiento de mediación y las consecuencias de los acuerdos alcanzados.

Por lo que respecta a los efectos de la mediación penal, el Código Penal reconoce los siguientes[16]:

- Atenuación de la pena a través de la aplicación de una de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en los artículos 21 y 23 del Código Penal.
- Ejecución favorable de la pena privativa de libertad teniendo en cuenta la necesidad de orientar el cumplimiento de las penas hacia la reeducación, resocialización y la reinserción social del penado, de

13 BERNUZ MJ. ¿Reparar lo imperdonable?: sobre la justicia restaurativa y la violencia sexual. Revista de Victimología. No. 19/2025. (ISSN: 2385 779X).

14 EU portal europeo de justicia: www.e-justice.europa.eu. Consultado el 21 julio 2025.

15 Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Hoja informativa mediación en la ejecución penal.

16 *Ibidem* nota 4.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

acuerdo con la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) y el Código Penal (CP)[17].

- Imposición de una pena reparadora de trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el artículo 49 del Código Penal, que establece la posibilidad de que las personas penadas participen de forma no retribuida en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en programas formativos que les permitan alcanzar la adquisición de conocimientos sobre gestión positiva de conflictos que les sirvan para ser utilizados en su vida cotidiana con vistas a promover su resocialización.

- Suspensión de penas privativas de libertad de acuerdo con los artículos 80 y siguientes del Código Penal mediando acuerdo de las partes y a condición del cumplimiento de las responsabilidades civiles. De especial relevancia resulta la redacción dada al artículo 84.1.1. del Código Penal por la LO 1/2015 de 30 de marzo de 2015 que establece la posibilidad de que el juez o tribunal pueda condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al *cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*[18].

    - Extinción de la pena de acuerdo con el artículo 130.5 del Código Penal si el procedimiento de mediación penal finaliza con la consignación en el acuerdo de reparación del perdón del ofendido, dicho perdón extingue la responsabilidad criminal *cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea*.

4. Principios de la mediación penal

El artículo 15 de la **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito** establece como principios básicos de la mediación penal:

a) La **confidencialidad** del procedimiento de mediación, cuyos debates no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes.

b) La **obligación de secreto profesional** y de neutralidad de los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación.

[17] Ver artículos 47, 59 y 65, *inter alia*, de la LOGP sobre la concesión de permisos penitenciarios, clasificación inicial en tercer grado y progresiones de grado y artículos 90 y 91 del CP sobre la libertad condicional. Conforme al artículo 90.2, la **participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas se considera un requisito para el adelantamiento de la libertad condicional** a internos clasificados en **tercer grado** penitenciario.

[18] En lo que respecta a las suspensiones de condena y al adelantamiento de la libertad condicional, la posibilidad de mediación vendrá establecida por el **Juzgado o Tribunal sentenciador.** En el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad, la participación en estos programas puede venir indicada en la sentencia o, en su defecto, puede proponerlo *a posteriori* el **Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas**, dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

c) La **voluntariedad** del procedimiento de mediación, pudiendo tanto víctima y como infractor revocar en cualquier momento su consentimiento para participar en el proceso de mediación.

Los principios básicos de voluntariedad, confidencialidad y neutralidad en los que se sustenta la mediación, deben reforzarse cuando de casos penales se trata dada la necesidad de proteger a la víctima y al infractor, este último frente a una posible disminución de sus garantías constitucionales. Las razones y los efectos de esta "necesidad de protección" pueden ser múltiples, por ejemplo, en el supuesto de que el infractor pueda no estar sinceramente interesado en participar en la mediación (pérdida de la voluntariedad), que el mediador, condolido por la desfavorable situación social del infractor o por su arrepentimiento, decida que alguien debe defenderlo frente a la víctima (pérdida de la neutralidad), o porque el infractor se niegue a dar a la víctima información que esta pueda considerar vital por miedo a su filtración hacia los órganos persecución (falta de confidencialidad).

Además, en el ámbito penal, debe incluirse un cuarto principio, el de la horizontalidad que significa que el mediador debe comportarse, respecto de las partes, como alguien sin poder sobre ellas, que obtiene la legitimación de su intervención por la aceptación de ambas (voluntariedad).

Ello diferencia la mediación penal del sistema judicial de persecución pública, caracterizado por la figura fuerte del Estado (representado por el juez en los sistemas inquisitivos reformados o por el fiscal en los acusatorios o semi-acusatorios) que desplaza a la víctima de su lugar de dueño del conflicto[19].

II. VENTAJAS PARA EL PENADO, LA VICTIMA Y LA SOCIEDAD

La mediación conlleva ventajas para el sistema penal pues minimiza costes, burocracia e involucra directamente a víctimas e infractores.

En lo que respecta al infractor, favorece el control de sus actos y de las consecuencias de estos originándose a través del proceso la necesidad de reparar y compensar a la víctima. Así mismo, la mediación le ayuda a responsabilizarse y reflexionar sobre su comportamiento, lo cual debería favorecer su reinserción social.

Dicha **reparación o rehabilitación moral** en beneficio de la víctima del delito se produce muchas veces simplemente al **conocer el porqué del delito**, y tras **contemplar el arrepentimiento sincero** del infractor, que debe venir acompañado de una **indemnización o reparación económica** en el caso de que exista una responsabilidad civil derivada del delito[20]**.**

[19] *Revista Crítica Penal y Poder.* 2011, no 1, septiembre (pp. 151-157) OSPDH. Universidad de Barcelona.
[20] Jurista de Prisiones Blog. Consultado el 20 de julio 2025.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

A la víctima, se le asegura su derecho a la verdad y a ser escuchada, a explicar sus sentimientos, recuperar su tranquilidad, ser atendida en cualquiera otra necesidad que el proceso judicial no le va a aportar y ser reparada en la medida y forma que resulte más ajustada a sus necesidades personales[21].

La mediación penal contribuye por consiguiente a satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva como medio para obtener una resolución judicial de mayor calidad que repare de manera integral a la víctima, facilite que el infractor se responsabilice de manera voluntaria de sus propios actos y de las consecuencias de estos y evite el enquistamiento del conflicto para el futuro.

En palabras de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia no. 17 de 9 de junio de 2008, ofrece a las partes la mediación como: *alternativa a querellantes y a acusado como una opción quizás más razonable y esperanzadora para resolver el conflicto que los mismos han sufrido desde hace tanto tiempo y respecto al cual la justicia del orden penal no ha podido responder satisfactoriamente*[22].

En cuanto a la **sociedad**, cuando se lleva a cabo con éxito un proceso de mediación penal se promueve un sentimiento de confianza en el sistema judicial, **disminuyendo el riesgo de reincidencia** en el caso de muchos infractores. Sin embargo, de acuerdo con los numerosos estudios que se han realizado sobre el impacto de la mediación penal sobre la reincidencia, por ejemplo, en el caso de menores, la situación (peligrosidad) concreta del menor prevalece como factor determinante de la reincidencia sobre la incidencia de la reeducación, la resocialización y la participación de los menores en procesos de mediación.

Por otro lado, la mediación también puede considerarse como una medida terapéutica. En este sentido, me parece interesante traer a colación la noción de *justicia terapéutica* difundida junto con sus procedimientos y practicas por la Asociación Española de Justicia Terapéutica (AEJT).

La justicia terapéutica se concreta en la humanización de las leyes y su aplicación. Dicha Asociación considera que la mediación penal, en cuanto trata de evitar los efectos perjudiciales que el proceso penal puede producir en las personas que tienen una directa implicación en el mismo (víctima e infractor), se puede considerar como justicia terapéutica[23].

Por último, en cuanto al perdón de la víctima del delito, en las sesiones sobre la justicia restaurativa organizadas por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en 2020, se contextualiza la comisión del

---

21 **Conclusiones Primer Congreso de la Asociación Española de Justicia Terapéutica (2020).** ***Mediación Penal: hacia una respuesta más reparadora para la víctima*****,** organizado por la Asociación Española de Justicia Terapéutica con el principal objetivo de realizar un estudio sistemático y crítico de la mediación penal, que se enfoca en el impacto que puede producir en la víctima del delito.

22 *Mediación penal en España,* Roselló Monserrat, Josefa Teresa, Abogada. Socia del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P. (Diario La Ley).

23 *Ibidem* nota 20.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

delito y sus consecuencias en términos del daño causado a la víctima como paso previo a empatizar con la víctima y su sufrimiento, lo cual lleva al autor del delito a responsabilizarse del mismo, pedir perdón y reparar el daño causado. Por su parte, se trata igualmente de preparar a la víctima a afrontar el daño sufrido con vistas a hacer posible el encuentro con el autor del delito.

El perdón es en efecto la consecuencia de un proceso en el que la persona va asumiendo su responsabilidad en relación con los hechos cometidos constitutivos de un delito.

En este proceso, el perdón podrá surgir de forma espontánea, derivado de las necesidades universales de conexión, empatía y contribución al bienestar de las demás personas. Son estas necesidades las que llevan al/la autor/a de delito a ver en toda su magnitud el dolor y sufrimiento de la persona que ha sido víctima de su delito y a querer expresar su sentir por dicho dolor. La expresión de petición de perdón surgirá, por tanto, como consecuencia natural del proceso de responsabilización y restauración seguido durante el proceso de mediación[24].

Tal y como elocuentemente ha indicado la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en sentencia n.º 249 de 14 de marzo de 2014: *La mediación no es la herramienta para alcanzar unos fines. Hay que situarla en su lugar adecuado. La reparación y la conciliación son objetivos que la llamada justicia restaurativa que textos internacionales animan a implementar en alguna de sus formas (vid., Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001—arts. 10 y 17—sustituida por la Directiva 2021/29/UE del Parlamento Europeo del Consejo de 25 de octubre de 2021 —art. 12—) colocan en un lugar preferente, aunque no excluyente. La mediación es solo una de las vías —no la única— para alcanzar esos objetivos. Es el medio y no fin. La reparación en esa perspectiva engloba no solo indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil. Los parámetros exclusivamente pecuniarios no agotan todas las vertientes de la reparación. Puede tener otros componentes que la justicia restaurativa invita a redescubrir. En ocasiones la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido*[25].

La mediación penal tiene igualmente un impacto en la reducción de la población penitenciaria, a través de la reducción de la duración de las sentencias, de la reincidencia y por consiguiente de la criminalidad. Al contrario que muchos países en nuestro entorno, España es un país modelo en lo que respecta a la ausencia de una sobrepoblación en nuestras cárceles. En gran medida ello se debe a la utilización de mecanismos

24 Documentos Penitenciarios No. 24. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (2020). Encuentros organizados en colaboración con la Asociación para la Mediación el Encuentro y la Escucha (AMEE).

25 *Ibidem* nota 21.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

alternativos de resolución de conflictos, así como de la mediación penal. Así mismo, el Ministerio de Interior invierte considerables esfuerzos en promover la rehabilitación y la reintegración social de las personas detenidas por medio de otras iniciativas (educación, actividades etc.) con vistas a prevenir la reincidencia y la criminalidad.

III. CONCLUSIONES

- Necesidad de que las administraciones publicas doten de suficientes recursos a la mediación penal, incluyendo en cuanto al número de mediadores debidamente formados e infraestructuras.
- Necesidad de divulgar la naturaleza y beneficios de la mediación penal para víctimas, investigados y sociedad en general, aportando soluciones más satisfactorias y duraderas en el tiempo gracias a la participación de los directamente implicados en la toma de estas. El desconocimiento por parte de los distintos operadores del procedimiento penal conlleva desconfianza por parte tanto de los usuarios como de los profesionales, lo cual limita su utilización por potenciales usuarios[26].
- El éxito de un proceso de mediación depende en gran medida de la profesionalidad, formación y responsabilidad del mediador. Invertir en su formación especializada, inicial y continua, es por ello necesario.
- El trabajo organizado y con equipos multidisciplinares (incluyendo trabajadores sociales, personal penitenciario y personal médico) incrementará la calidad del procedimiento de mediación[27].
- Asimismo, la coordinación entre juzgados, operadores jurídicos y mediadores durante todo el procedimiento es importante.
- Tal y como ha establecido la Corte Europea de Derechos Humanos[28], que ha analizado en su jurisprudencia cuestiones relacionadas con la mediación penal en el marco de las garantías procedurales previstas en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a un proceso justo)[29], la mediación penal debe estar regida por los siguientes principios:
  - **Participación voluntaria de las partes**, quienes deben estar debidamente informadas de las consecuencias de recurrir a la mediación. (consentimiento informado).

[26] *Ibidem* nota 21.
[27] *Ibidem* nota 20.
[28] www.echr.coe.int
[29] Hesse v. Austria (2007), Dvorski v. Croatia (2015)

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- **La mediación no supone una condena implícita**: la participación en un proceso de mediación no debe considerarse como una admisión de culpabilidad por el presunto culpable del delito o como equivalente a una sentencia condenatoria.
- **Garantías**: el proceso de mediación debe incluir garantías que protejan a personas en una situación de vulnerabilidad (menores, incapacitados intelectuales) y aseguren que el proceso de mediación es justo.

- La ausencia de regulación de la mediación penal conlleva que determinadas cuestiones se tengan que dejar a la discreción de los Tribunales con el riesgo de generar una disparidad de criterios que pueden repercutir negativamente en los ciudadanos sometidos a la actuación de la Administración de Justicia y especialmente en el derecho a la presunción de inocencia que asiste a todo investigado. Ello genera reticencias y desconfianza. Una adecuada regulación de esta permitiría integrarla de manera efectiva y eficaz en nuestro sistema penal de administración de justicia como medio para alcanzar una justicia más moderna y de calidad[30].
- La mediación penal tiene un enorme potencial como herramienta de apoyo a la puesta en práctica del principio de intervención mínima en el Derecho Penal, contribuyendo a disminuir la saturación de Juzgados y Tribunales[31].

IV. BIBLIOGRAFÍA

CASTRO JOVER, B. (Abogada) La mediación penal como práctica restaurativa en la fase de ejecución penal. Diario La Ley, Nº 9710, Sección Tribuna, 6 de Octubre de 2020, Wolters Kluwer.

Intervención en justicia restaurativa. Documentos Penitenciarios No. 24. Ministerio del Interior, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Subdirección General de Medio Abierto y Penas y Medidas Alternativas (2020). Encuentros organizados en colaboración con la Asociación para la Mediación el Encuentro y la Escucha (AMEE).

GUIMERA I GALIANA A., La Mediación Reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya, Revista Española de Investigación Criminológica, Universidad Autónoma de Barcelona (2005).

30 *Ibidem* nota 21.
31 *Ibidem* nota 23.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Modelos de sentencias de mediación en el ámbito de la violencia doméstica y el robo con fuerza: www.poderjudidical.es/mediación penal/Normativa y jurisprudencia/sentencias materia penal (21 de julio 2025).

Human Rights and Criminal Procedure: The Case Law of the European Court of Human Rights, Jeremy McBride (sobre como la mediación penal y otros procedimientos alternativos de resolución de conflictos, interaccionan con los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos).

ROSELLO MONTSERRAT, J.T., Mediación penal en España, Abogada. Socia del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P. (Diario La Ley).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

LAS COMPETENCIAS DE LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

M.ª Teresa Rivas Padilla

Doctora en Derecho. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SUMARIO: *I. Introducción. II. Competencia objetiva y territorial de las Secciones de Violencia sobre la Mujer: 1. Competencia objetiva. 2. Competencia territorial. III. Competencias de la Sección de Instrucción en funciones de guardia en materia de violencia sobre la mujer. IV. Especialidades tras la Ley 1/2025, de 2 de enero. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (hoy Secciones de Violencia sobre la Mujer del Tribunal de Instancia correspondiente) fueron creados mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, a través de la especialización dentro del orden penal, de los Juzgados de Instrucción como una medida judicial más, dentro del elenco de medidas de carácter social, asistencial y jurídico establecidas en la lucha contra la desigualdad entre hombres y mujeres. La competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer pivotaba originariamente en torno a la instrucción de actos de violencia o intimidación cometidos por el varón contra quien fuera o hubiera sido su esposa, o mujer con quien estuviera o hubiera estado ligado por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los perpetrados sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad que con él convivieran o que se hallaran sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando además se hubiera producido un acto de violencia de género. Sin perjuicio de su ampliación para determinados delitos cometidos por el varón hacia la mujer a partir de la Ley Orgánica 1/2015, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, sin relación afectiva previa.

La continuidad del servicio de guardia que han venido prestando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se ve asegurado y complementado a través de la actuación de los Juzgados de Instrucción (hoy Secciones de Instrucción) que, en sustitución de aquellos y fuera de sus horas de audiencia, han venido resolviendo la regularización de la situación personal del detenido por su presunta participación en delitos cuya instrucción fuera competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer, así como, adoptando las órdenes de protección de las víctimas de tales delitos y demás medidas cautelares de carácter inmediato y urgente en caso de riesgo objetivo para la vida, integridad o seguridad de la víctima. De forma que, las Secciones de Instrucción en funciones de Guardia han desempeñado y desempeñan un papel esencial en la protección inmediata de las víctimas de violencia de género, practicando cuantas diligencias estimen oportunas a tal efecto.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Con carácter previo a abordar las funciones de las Secciones de Instrucción en funciones de guardia en la materia de violencia sobre la mujer analizaremos cuáles son las competencias atribuidas a las Secciones de Violencia sobre la Mujer, especialmente a partir de la entrada en vigor de la referida Ley Orgánica 1/2015, de 2 de enero.

II. COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL DE LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

1. Competencia objetiva

En el orden penal, las Secciones de Violencia sobre la Mujer conocerán de la instrucción de los procesos seguidos por delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, contra la libertad, contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, por delitos de quebrantamiento de condena o medida cautelar[1] y delitos contra los derechos y deberes familiares. Asimismo, su competencia se extiende a la instrucción y conocimiento de aquellos otros delitos cometidos para perpetrar los anteriormente relacionados, para facilitar su ejecución o para procurar su impunidad[2]. Así como, al enjuiciamiento y fallo de los juicios por delito leve relacionado con la violencia doméstica o de género. A partir de la LO 1/2025, de 2 de enero, también conocerán de los delitos contra la libertad sexual previstos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, y de los delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado y acoso con connotación sexual y de trata con la finalidad de explotación sexual cuando la persona ofendida sea mujer, sin necesidad de que concurra una relación sentimental previa. La competencia para conocer de los delitos anteriormente relacionados se extiende no sólo a las mujeres víctimas de actos de violencia física o psicológica, sino también a los descendientes, propios o de la esposa o conviviente; y a los menores o incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujeto a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente siempre que, *además* se hubiera producido un acto de violencia contra aquella.

Las diligencias y resoluciones que se acuerden en el seno del proceso penal serán practicadas durante las horas de audiencia[3]. Estas consistirán en:

a) Tomar declaración al investigado que hubiera sido puesto a disposición judicial o que resulte del atestado, previa información de los hechos en que consista la denuncia y de los derechos que le asisten de conformidad con lo establecido en el art. 520 LECr;

[1] Debiendo hacerse referencia expresa en este punto al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del TS de fecha de 25 de noviembre de 2008 a cuyo tenor, en relación con este delito de quebrantamiento, el *consentimiento de la mujer* en los casos en que se haya acordado medidas cautelares de alejamiento o comunicación no excluye la punibilidad a efectos del delito.

[2] Art. 17 bis LECr.

[3] Art. 797 bis LECr.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

b) Regularizar la situación personal de los detenidos y recabar sus antecedentes penales;

c) Tomar declaración a los testigos citados por la policía judicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 797.2 y 5 LECr o de aquellos que se considere oportuno a la vista de las diligencias practicadas hasta ese momento;

d) Recabar los informes periciales que se consideren necesarios;

e) Realizar el ofrecimiento de acciones a los perjudicados,

f) Practicar el reconocimiento en rueda del investigado, o en su caso, el careo entre testigos, entre testigos e investigados o investigados entre sí[4]. Y sin perjuicio de la adopción de las órdenes de protección que se soliciten o de otras medidas cautelares que se estimen convenientes.

Por lo que respecta al orden civil, las Secciones de Violencia sobre la Mujer conocerán de los procedimientos de filiación, maternidad y paternidad; de nulidad del matrimonio, separación y divorcio; de los relativos a las relaciones paterno filiales, a la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; a la guarda y custodia de hijos menores o de los procedimientos sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; de los procedimientos sobre la necesidad de asentimiento en la adopción; o de los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores[5]. De forma que, la Sección civil que estuviese conociendo de un procedimiento y tuviese noticia de la comisión de un delito cometido en el ámbito de la violencia de género o doméstica que haya dado lugar a la incoación de un procedimiento penal o a la adopción de una orden de protección, deberá inhibirse en favor de la Sección de Violencia sobre la Mujer, remitiéndole los autos en el estado en que se hallen salvo que se hubiera iniciado la fase del juicio oral[6].

No obstante, para que las Secciones de Violencia sobre la Mujer tengan de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil deberán concurrir simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que se encuentre abierta una causa penal en la que se hubiera adoptado una orden de protección o alguna medida cautelar o incoado procedimiento penal, esto es, en tanto en la causa penal no se hubiera dictado sobreseimiento o hubiera recaído sentencia firme.

b) Que el sujeto pasivo sea alguna de las víctimas mencionadas en art. 173.2 CP o sea una mujer si se trata de un delito de agresión sexual, de mutilación genital femenina, de matrimonio forzado, de acoso con connotación sexual o de trata con la finalidad de explotación sexual, sin necesidad de que concurra una relación sentimental previa.

[4] Art. 797 LECr.
[5] Art. 89.6 LOPJ.
[6] Art. 49 bis LECr.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

c) Que el sujeto activo tenga la condición de investigado, acusado o condenado como autor, cooperador o cómplice de alguno de los delitos que son competencia de la Sección de Violencia sobre la Mujer.

2. Competencia territorial

La competencia territorial para el conocimiento de los delitos en materia de violencia sobre la mujer viene determinada por el lugar del domicilio de la víctima al tiempo de los hechos[7]. Sin perjuicio de las diligencias que pudiera adoptar la Sección de Instrucción en funciones de guardia con la subsiguiente remisión de las diligencias urgentes practicadas y la puesta a disposición del investigado a la Sección de violencia sobre la mujer[8].

III. COMPETENCIAS DE LA SECCIÓN DE INSTRUCCIÓN EN FUNCIONES DE GUARDIA EN MATERIA DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Fuera de las horas de audiencia de la correspondiente Sección de Violencia sobre la Mujer[9], el Juez de Instrucción de guardia del lugar donde se interponga la denuncia o del lugar en el que se cometan los hechos, en sustitución de aquel, practicará las primeras diligencias de instrucción consistentes en la regularización de la situación personal de los detenidos, en la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de los perjudicados u ofendidos[10] y el esclarecimiento de los hechos[11]. Sin perjuicio de remitir a la Sección de Violencia sobre la Mujer la totalidad de lo actuado, y de poner a su disposición al investigado-detenido[12], así como garantizar la citación del investigado, si se hubiera decretado su libertad, de los perjudicados y de los testigos en la Sección de Violencia sobre la Mujer, para que la referida Sección continúe la investigación de los hechos. Lo que se hará de manera coordinada entre la Policía Judicial[13] y ambas Secciones[14]. En particular, el Juez de Instrucción en funciones de guardia podrá acordar como diligencias de protección de las víctimas las siguientes:

---

7 Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del TS de 31 de enero de 2006.

8 Art. 42 Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

9 Arts. 59 y 62 bis Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

10 Art. 15 bis LECr.

11 Hernández Manzanares, A, Medidas Cautelares de Carácter Personal, Unidad 5, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024, p. 5.

12 Quesada Sarmiento, MJ, Juzgado de Guardia como sustituto de otros órganos, Unidad 2, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024, pp. 3 y 4.

13 Art. 49 Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial

14 Art. 797 bis LECr.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

1) Orden de protección[15]

Se trata de un instrumento dirigido a garantizar la seguridad de las mujeres víctimas de la violencia machista[16], a través de la que se les atribuye un estatuto integral de protección que comprende medidas de naturaleza jurídica (penal y/o civil), de asistencia social, sanitaria y psicológica.

Estarán legitimados para solicitarla:

a) Las víctimas de actos ilícitos competencia de la Sección de Violencia sobre la mujer, a las que se reconocerá por su condición de tal, asesoramiento jurídico y asistencia jurídica gratuita[17].

b) El Ministerio Fiscal.

c) El órgano judicial podrá acordarla de oficio.

d) Las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados que tuviesen conocimiento de la existencia de alguno de los delitos competencia de las secciones de violencia sobre la mujer.

La solicitud puede presentarse en: a) el Juzgado; b) la Fiscalía; c) las comisarías de la Policía, en los Puestos de la Guardia Civil o en las dependencias de las Policías Autonómicas y Locales, que se encargarán de realizar el correspondiente atestado para la acreditación de los hechos; d) las Oficinas de Atención a las Víctimas; e) las sedes de los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas; o f) las sedes de los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados.

Una vez recibida la solicitud de orden de protección, se remitirá de forma inmediata al Juez de la Sección de violencia sobre la Mujer o, en su caso, de Instrucción en funciones de Guardia, si la denuncia se presentara fuera del horario ordinario de la Sección de Violencia sobre la Mujer, que convocará la celebración de una audiencia en el plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud. A la que asistirá el Ministerio Fiscal en todo caso; el letrado de la acusación particular, si la víctima se hubiera personado en la causa; el investigado y su letrado defensor. Durante la referida audiencia, que se regirá por los principios de contradicción, audiencia y defensa[18], después de oídas a las partes, se podrá practicar la prueba que fuera necesaria para acreditar la situación de violencia y el posible peligro para la víctima.

---

15 Art. 544 ter LECr.

16 HERNÁNDEZ MANZANARES, A, Medidas Cautelares de Carácter Personal, Unidad 5, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024, pp. 17-23.

17 Art. 2 h) Ley de justicia gratuita 1/96, de 10 de enero: "la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querella, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria (…)".

18 CABELLO CHAVES, FJ, Procedimientos ante el Juez de Instrucción, Unidad 6, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024, p. 18.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Serán presupuestos para su adopción:

a) La existencia de indicios racionales de haberse cometido uno de delitos competencia de la Sección de violencia sobre la mujer;

b) La apreciación de una situación objetiva de riesgo de violencia. Al efecto, se habrá de valorar en cada caso una serie de factores encaminados a su determinación, entre ellos: los antecedentes penales con los que cuente el investigado; en concreto, por delitos anteriores en los que se hubiera empleado violencia o intimidación; la reiteración de actos violentos descritos por la víctima de cuya existencia haya indicios; así como, las enfermedades mentales y trastornos de la personalidad que pudiera sufrir el investigado o los hábitos de consumo de alcohol y/o drogas, entre otros.

Una vez celebrada la comparecencia, se resolverá mediante auto debidamente motivado sobre su concesión. La resolución será notificada a las partes (investigado y Ministerio Fiscal), y comunicada a la víctima, a la que se deberá informar permanentemente de la situación procesal y penitenciaria del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas; debiendo notificarse también a las Administraciones Públicas competentes. Asimismo, la orden de protección se inscribirá en el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Desde la perspectiva judicial, se adoptarán medidas tanto de naturaleza penal como civil, estas últimas si, en su caso, procedieran. Las primeras consistirán en medidas privativas de libertad como la prisión provisional o en la comparecencia apud acta, o en medidas privativas de derechos como la prohibición de aproximarse a la víctima a una determinada distancia, a su domicilio, lugar de trabajo o estudios, o a cualquier otro lugar que frecuente; en la prohibición de comunicarse con ella; de manera acumulada o separadamente, en la obligación de salida del domicilio familiar, en la prohibición de volver al lugar del delito o a la residencia de la víctima; o en la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, a título de ejemplo. En particular, en materia de violencia sexual, podrá adoptarse el control de localización del investigado a través de dispositivos telemáticos[19]. En lo que respecta a las medidas civiles, estas comprenderán: la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; el abono de la pensión de alimentos en favor de los hijos; la determinación del régimen provisional de la patria potestad, de la guarda y custodia, de las visitas, de comunicación del autor del delito con sus hijos o de los menores que dependan de él. Si no se acordara la suspensión del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, la resolución habrá de contener la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores[20].

19 Art. 3 LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

20 CABELLO CHAVES, FJ, Procedimientos ante el Juez de Instrucción, Unidad 6, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024, p. 18.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Las medidas de naturaleza civil frente a las penales presentan la peculiaridad de una duración inicial limitada a treinta días, prorrogables por otros treinta días más, condicionada a que la víctima, o su representante legal, formulen la correspondiente demanda civil antes del vencimiento de este plazo. Y dentro del plazo de los treinta primeros días, una vez presentada oportuna demanda, el juez de Familia o de Violencia sobre la Mujer deberá ratificar las medidas adoptadas, o en su caso, las modificará o dejará sin efecto.

Desde el punto de vista de los recursos adicionales a los judiciales, de carácter asistencial y de protección social, las víctimas podrán acceder a refugios temporales, viviendas protegidas y residencias públicas para mayores; a una Renta Activa de Inserción, que incluye una ayuda para el caso de cambio de residencia que será gestionada por los Servicios Públicos de Empleo; a una ayuda económica cuando por la edad de la víctima, cuando por su falta de preparación profesional o por sus circunstancias sociales, tenga especiales dificultades para obtener un empleo; a la atención psicológica y al asesoramiento jurídico[21]. Así como, a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en caso de que hubiera recaído una sentencia condenatoria.

2) Otras medidas cautelares penales

No obstante, la orden de protección, también podrán adoptarse durante la tramitación del procedimiento, medidas cautelares de carácter exclusivamente penal consistentes en la prohibición de aproximarse a una distancia determinada y de comunicarse por cualquier medio con la víctima, o de acudir o residir en determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, entre otras. Se adoptarán también mediante auto motivado, pudiendo acordarse no sólo cuando la seguridad y protección de la víctima no requiera medidas civiles sino también cuando no sea posible celebrar la audiencia prevista en el art. 544 ter LECr necesaria para la adopción de la orden de protección, en el caso de que no estuviera localizado el investigado. Su peculiaridad frente a la orden de protección estriba en que, requieren la previa audiencia de la víctima Su peculiaridad frente a la orden de protección estriba en que, si bien requieren la previa audiencia de la víctima[22] no exigen la celebración de una convocatoria formal.

No obstante lo anterior, en caso de que el investigado incumpla alguna de las medidas penales acordadas[23], y con independencia de que haya concurrido el consentimiento de la víctima en favor de quien se hubiera acordado[24], el juez podrá adoptar otra medida cautelar de mayor gravedad que implique una mayor limitación

21 HERNÁNDEZ MANZANARES, A, Medidas Cautelares de Carácter Personal, Unidad 5, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024, pp. 17-23.

22 Art. 544 bis LECr.

23 Arts. 503.1.3 c) y 544 bis in fine LECr.

24 STS nº 64/2020, de 14/01/2020, nº de Recurso: 2561/2018, nº de Resolución: 667/2019, Ponente: Ana María Ferrer García, FJ 1º.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de su libertad personal, convocando, al efecto, la audiencia prevista en el art. 544 ter LECr o en su caso, la del art. 505 LECr si se estimase oportuno acordar la prisión provisional.

3) Prisión provisional

En caso de incumplimiento reiterado y manifiesto por parte del investigado de alguna de las medidas penales anteriormente expuestas, el juez convocará, a instancia del Ministerio Fiscal o de alguna otra parte acusadora, la comparecencia regulada en el art. 505 LECr para la adopción de la prisión provisional cuando se desprenda alguno de los motivos justificadores exigidos en el art. 503 LECr. A esta convocatoria, que se desarrollará ante el órgano judicial, comparecerá el Ministerio Fiscal, el investigado, asistido por un letrado de su elección o designado de oficio y las demás partes personadas.

Por último, cabe recordar que, la vigencia de las medidas cautelares expuestas podrá mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los ulteriores recursos que se interpongan, siempre que se acuerde su mantenimiento en la ulterior sentencia que se dicte[25].

IV. ESPECIALIDADES TRAS LA LEY 1/2025, DE 2 DE ENERO

Sin perjuicio de las novedades que la Ley orgánica 1/2025 representa en materia de planta y ampliación de la competencia objetiva, en lo que respecta a la competencia funcional, el régimen de recursos contra las resoluciones que dicten las Secciones de violencia sobre la mujer no se ha visto alterado por la aprobación de la nueva ley, que continúa rigiéndose por lo dispuesto en los arts. 53, 73.2, 82, 89.6 y 90 LOPJ.

Sin embargo, en materia de ejecución, se introducen especialidades reseñables en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión que se pudiera imponer por la comisión de algunos de los delitos cometido sobre la mujer con violencia doméstica, de género o sexual, *por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente*. Al efecto, en caso de que se acordara la suspensión prevista al amparo de lo dispuesto en el art. 80.3 CP, se establece, de manera imperativa, en el art. 83.2 CP, el condicionamiento al cumplimiento de las prohibiciones de aproximación a la víctima o en su caso de sus familiares, a la distancia que se considere oportuna, o de comunicación con ellos; de residir o acudir a los lugares determinados y a la obligación de participar en

[25] Art. 69 LO 1/2004.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

participar en programas de educación sexual o de igualdad de trato y no discriminación, además de otras que prudencialmente se impusieran.

Asimismo, también se introduce una novedad significativa en el art. 84.2 CP como es la imposibilidad de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a que se refiere el art. 80.3 CP impuesta por la comisión de alguno de los delitos que sean competencia de las Secciones de Violencia sobre la mujer al pago de la multa, tan sólo cabría en su caso, condicionar la suspensión a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, salvo que en aquellos casos en los que no existan relaciones económicas entre el agresor y la víctima o derivadas de la relación familiar.

V. CONCLUSIONES

Los Juzgados (hoy Secciones) de Instrucción en funciones de guardia representan la continuidad en la protección y seguridad de las víctimas de violencia de género, doméstica y ahora sexual, en sustitución y en defecto de la protección asignada a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De modo que desde el momento en que el juez de Instrucción en defecto del juez de Violencia sobre la mujer recibe la *notitia criminis* procede a adoptar cuantas diligencias urgentes y necesarias estima conducentes al esclarecimiento de los hechos y a la regularización de la situación personal del investigado. La articulación de esta sustitución ha revelado una cobertura judicial a las víctimas de la violencia machista prestada de manera continuada e ininterrumpida. Sin embargo, la andadura de más de veinte años de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la lucha contra la desigualdad entre hombres y mujeres tras la especiación de la materia y la adopción de nuevos instrumentos jurídicos que se nos ha ido brindado desde un punto de vista legislativo, si bien evidencia su necesidad en la resolución del problema también su insuficiencia si no viene acompañado del refuerzo de la perspectiva educativa, psicológica, familiar y laboral que este problema requiere.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CABELLO CHAVES, FJ, Procedimientos ante el Juez de Instrucción, Unidad 6, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024.

HERNÁNDEZ MANZANARES, A, Medidas Cautelares de Carácter Personal, Unidad 5, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024.

QUESADA SARMIENTO, MJ, Juzgado de Guardia como sustituto de otros órganos, Unidad 2, Centro de Formación Jurídica CEJUP, Madrid, 2024.

Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

HABEAS CORPUS: OBJETO Y REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA

Dacil Rodríguez Méndez

Abogada de los Ilustres Colegios de Abogados de Santa Cruz de Tenerife y de las Palmas

SUMARIO: *I. Introducción. II. Naturaleza jurídica del habeas corpus. III. Objeto y finalidad del procedimiento. IV. Requisitos del procedimiento. V. Legitimación. VI. Competencia judicial. VII. Recursos. VIII. Conclusiones. IX. Referencias*

I. INTRODUCCIÓN

El habeas corpus representa una de las mayores conquistas del constitucionalismo moderno en la protección de la libertad personal. Esta figura jurídica, destinada a lograr "la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente"[1], constituye un mecanismo extraordinariamente ágil que garantiza la revisión judicial de detenciones arbitrarias. Su estudio requiere analizar tanto su naturaleza jurídica como los aspectos procesales concretos que aseguran su efectividad.

Los antecedentes históricos del habeas corpus se remontan al derecho romano con el interdicto *Homine libero exhibendo*, regulado en el Digesto como remedio frente a detenciones ilegales[2]. No obstante, Montón Redondo señala como referente más directo el *Habeas Corpus Act* inglés de 1679, cuyo nombre proviene de las palabras iniciales del mandamiento judicial: *Habeas corpus ad subjiciendum* (que traigan su cuerpo)[3]. En España, el precedente más relevante fue el "Recurso de Manifestación de personas" aragonés (siglos XV-XVI).

En el marco jurídico actual, nuestra Constitución consagra esta garantía en el artículo 17.4, estableciendo que "la ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente"[4]. Este mandato constitucional fue desarrollado mediante la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus, que configura un proceso caracterizado por la agilidad, sencillez, generalidad y universalidad.

La relevancia del habeas corpus trasciende el ámbito procesal para erigirse como verdadero "escudo de bloqueo o reparación contra el arresto, la prisión o cualquier otra forma de privación de libertad"[5]. Como señala Bouyssou y Machado Pelloni, esta garantía despliega "razones para la permanente expansión de la

[1] Sergio Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 4.

[2] Alberto Montón Redondo, El derecho de habeas corpus, Revista Anales de la Facultad de Derecho 7 (1989): 174

[3] Montón Redondo, El derecho de habeas corpus, 173.

[4] Constitución Española, 1978, art. 17.4.

[5] Norma I. Bouyssou y Fernando M. Machado Pelloni, Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho, Revista Brasileira de Direito Processual Penal 2, no. 1 (2016): 113.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

libertad o bien para su continuo resguardo"[6], constituyéndose en centinela de las libertades fundamentales y auditora infatigable del Estado de Derecho.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL HABEAS CORPUS

La controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica del habeas corpus ha sido profunda y rica en matices. Gimeno Sendra lo define como "un derecho público, cívico y activo, englobable dentro de la categoría acuñada por la doctrina administrativista de los derechos subjetivos reaccionales y vinculado a los previstos en el artículo 24 CE"[7]. Esta conceptualización revela su carácter dual: derecho fundamental y acto de defensa, representando "la primera manifestación del derecho de defensa realizada por el detenido en la fase de instrucción".

Frente a esta postura, Gude Fernández rechaza categóricamente su calificación como recurso, argumentando que "no tiene la misma finalidad que los recursos al no servir de instrumento para recurrir las resoluciones judiciales y no poder impugnarse las privaciones de libertad decretadas por una autoridad judicial"[8]. La mayoría de la doctrina lo valora como un auténtico proceso constitucional de amparo ordinario para proteger la libertad personal.

La Ley Orgánica 6/1984 enuncia los principios complementarios que caracterizan esta institución. El "principio de agilidad" se manifiesta en un procedimiento extraordinariamente rápido, donde el juez debe resolver en un plazo no superior a 24 horas[9]. El "principio de sencillez y carencia de formalismos" elimina la preceptividad de abogado o procurador y permite su incoación mediante comparecencia verbal, facilitando así "el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su nivel de conocimiento de sus derechos y de sus medios económicos".

Respecto al "principio de generalidad", se concreta en dos vertientes: la facultad judicial para controlar cualquier detención independientemente de quién la practique, y la amplia legitimación para iniciarlo. Por último, el "principio de universalidad" extiende el procedimiento no solo a detenciones ilegales stricto sensu, sino también a aquellas que se prolongan indebidamente o se realizan en condiciones ilegales[10].

Finalmente, se debe mencionar, que el Tribunal Constitucional ha definido el habeas corpus como "una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la

[6] Bouyssou y Machado Pelloni, Hábeas Corpus: contribuciones, 112.
[7] Sergio Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 7.
[8] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 7.
[9] Norma I. Bouyssou y Fernando M. Machado Pelloni, Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho, Revista Brasileira de Direito Processual Penal 2, no. 1 (2016): 115.
[10] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 9.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

libertad personal"[11], señalando que posee "carácter especial y de cognición limitada" donde el órgano judicial solo puede juzgar "la legitimidad de una situación de privación de libertad"[12], sin derivar más consecuencias que su finalización o modificación.

III. OBJETO Y FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

El objeto del procedimiento de habeas corpus se articula en torno a la pretensión del solicitante que reclama la protección judicial de su libertad deambulatoria. Como señala Toral Albin, esta pretensión puede orientarse hacia "la puesta en libertad del detenido, como el cambio de custodia o la inmediata disposición ante la autoridad judicial". Debe fundamentarse necesariamente en la existencia de una privación de libertad ilegal, ya sea cometida por particulares o autoridades, con la notable excepción de las privaciones decretadas por órganos jurisdiccionales.

La ley establece cuatro supuestos de detención ilegal que legitiman la interposición del habeas corpus. El primer supuesto contempla las detenciones practicadas "sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades previstas por las Leyes"[13]. Esto incluye situaciones donde no existen indicios de delito que justifiquen la privación de libertad o cuando se incumplen garantías formales. Montón Redondo señala como ejemplos problemáticos "la detención de quien intenta cometer un delito en el momento de ir a cometerlo" o las detenciones de indocumentados[14].

El segundo supuesto abarca a las personas "ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar". Aquí podrían incluirse casos como el "internamiento de ancianos contra su voluntad en residencias" o el "arresto del quebrado ", situaciones que Montón Redondo considera discutibles en cuanto a su legalidad[15]. El tercer supuesto afecta a personas detenidas "por plazo superior al señalado en las leyes", generando controversia respecto a los plazos aplicables de 24 o 72 horas.

Respecto del arrestos del quebranto, matizando que se trata de una institución" consistente en una medida cautelar contemplada en los antiguos procedimientos de quiebra que desapareció tras la aprobación de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, con idea de evitar cualquier duda sobre su vigencia actual.

El cuarto supuesto incluye las detenciones donde no se respetan los derechos que la Constitución y las leyes otorgan a los detenidos. Esto comprende desde la prohibición de torturas y tratos degradantes hasta el

11 STC 154/1995, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico IV.
12 STC 98/1986, de 10 de julio, Fundamento Jurídico I.
13 Art. 1.a) Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de habeas corpus.
14 Alberto Montón Redondo, El derecho de habeas corpus, Revista Anales de la Facultad de Derecho 7 (1989): 176-177.
15 Montón Redondo, El derecho de habeas corpus, 178-179.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

derecho al silencio o la asistencia letrada[16]. Bouyssou y Machado Pelloni destacan que el habeas corpus opera como "un poderoso obstaculizador de la arbitrariedad del poder político", verificando los presupuestos de habilitación de la restricción de libertad[17].

El alcance de esta protección no abarca la reparación del daño ni el resarcimiento, cuestiones que deberán plantearse en procesos declarativos correspondientes. En definitiva, estamos ante un procedimiento de cognición limitada centrado en examinar exclusivamente la legalidad de la detención, sin extraer más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de dicha situación de privación de libertad.

IV. REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento de habeas corpus se caracteriza por su sencillez formal y celeridad, aspectos esenciales para garantizar su efectividad como mecanismo protector de la libertad personal. Según establece la Ley Orgánica 6/1984, el procedimiento se articula en cuatro fases perfectamente diferenciadas: iniciación, auto de incoación, vista oral y resolución final. Cada una de estas etapas presenta requisitos específicos que deben cumplimentarse para asegurar tanto el acceso a esta garantía como su adecuado desarrollo procesal.

La iniciación del procedimiento puede realizarse, conforme señala Toral Albin, "a instancia de parte, bien por escrito o bien por comparecencia verbal"[18]. En ambos casos deben constar elementos mínimos como "el nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que solicita el amparo judicial; el lugar de custodia y la identificación de quienes lo custodian; y el motivo concreto que fundamenta la solicitud"[19]. No se requiere postulación técnica, siendo innecesaria la intervención de abogado o procurador. De este modo, el legislador ha configurado un procedimiento accesible para cualquier ciudadano, incluso con escasos conocimientos jurídicos.

Una vez presentada la solicitud, el juez examina los requisitos formales y materiales, dictando a continuación un auto de incoación o de denegación. Como apunta Pestana Pérez, "en caso de duda sobre el concurso de los requisitos, se debería optar por la admisión y verificarse el presupuesto problemático en el juicio de fondo"[20], criterio que resulta más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva. Si el auto es favorable, ordena la inmediata puesta a disposición judicial del detenido, pudiendo incluso el juez personarse en el lugar de custodia si lo estimase necesario.

16 Montón Redondo, El derecho de habeas corpus, 183.

17 Norma I. Bouyssou y Fernando M. Machado Pelloni, Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho, Revista Brasileira de Direito Processual Penal 2, no. 1 (2016): 131.

18 Sergio Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 15.

19 Art. 4 Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de habeas corpus.

20 Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 16.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En la fase de vista oral se desarrollan las alegaciones de las partes y la práctica probatoria. La ley obliga al juez a oír al detenido, a su representante legal, al abogado si se hubiera designado, al Ministerio Fiscal y a la persona que practicó la detención. Soriano destaca "la importancia de las alegaciones de la persona detenida, ya que de éstas dependen principalmente la deducción de la pretensión"[21]. Aunque pueden practicarse pruebas aportadas por las partes, estas deben realizarse en el acto o dentro del plazo máximo de 24 horas que tiene el juez para resolver.

Finalizada la vista, el juez dicta una resolución motivada, en forma de auto, que deberá emitirse "en un plazo no superior a 24 horas desde que se dictará el auto de incoación"[22]. Esta resolución puede desestimar la pretensión, declarando conforme a derecho la privación de libertad, o estimarla, adoptando alguna de las medidas previstas en el artículo 8.2 de la LOHC: puesta en libertad inmediata, continuación de la detención en condiciones o lugar diferentes, o puesta a disposición judicial si hubiera transcurrido el plazo legal. La brevedad de este procedimiento constituye, sin duda, su característica más sobresaliente, garantizando así la rápida restauración de la libertad arbitrariamente vulnerada.

V. LEGITIMACIÓN

La determinación de los sujetos legitimados para intervenir en el procedimiento de habeas corpus resulta crucial para garantizar la efectividad de esta institución protectora de la libertad personal. La Ley Orgánica 6/1984 establece un sistema de legitimación extraordinariamente amplio que refleja la importancia que el legislador otorga a esta garantía fundamental. Tanto la parte activa como la pasiva presentan características específicas que merecen un análisis pormenorizado.

En cuanto a la parte activa, Toral Albin señala que "es el detenido, titular del derecho fundamental vulnerado, que alega la ilegalidad de su privación de libertad[23]. Necesariamente debe tratarse de una persona física, pues los derechos en juego (libertad, seguridad e integridad física y moral) no resultan predicables respecto a las personas jurídicas. Para los menores de edad e incapaces, actuarán sus representantes legales, sin perjuicio de que la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, haya otorgado "legitimidad directa a los menores de edad para solicitar la incoación del proceso"[24]. Los extranjeros gozan igualmente de este derecho, conforme a la Ley Orgánica 4/2000.

[21] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 17.
[22] Art. 7.4 Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de habeas corpus.
[23] Sergio Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 10.
[24] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 10.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La parte pasiva del proceso comprende al sujeto que practica la supuesta detención ilegal. Se excluyen expresamente las detenciones ordenadas por autoridades judiciales, punto que ha recibido críticas doctrinales. López-Muñoz y Larraz considera esta exclusión "contradictoria con el principio de generalidad propugnado en la exposición de motivos de la LOHC"[25]. Del artículo primero de la ley se desprende que la detención puede ser efectuada por autoridades no judiciales, particulares e incluso personas jurídicas.

El artículo 3 de la LOHC establece una legitimación activa extraordinariamente amplia, permitiendo iniciar el procedimiento, además del propio afectado, a su cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos e incluso a los representantes de los menores y personas incapacitadas. Además, se reconoce legitimación al Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, y al Defensor del Pueblo, institución que vela por los derechos fundamentales.

Mención especial merece la legitimación concedida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al letrado del detenido, a pesar de no estar expresamente prevista ni en la Constitución ni en la ley. Como señala Toral Albin, la STC 224/1998 reconoció esta legitimación, ampliando significativamente las posibilidades de acceso a esta garantía procesal[26]. En la medida que el abogado actualmente sí está expresamente legitimado por la ley, podrías realizar una matización que incluya que el abogado defensor del detenido no aparece como legitimado en la ley hasta finales de 2024 por la disposición final 2ª de la LO 5/2024 de 11 de noviembre. Sin embargo, ha estado legitimado desde mucho antes por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas Sentencias como la STC 61/2003 de 24 de marzo.

Finalmente, el procedimiento puede iniciarse incluso de oficio por el propio juez competente, supuesto en el que se encargaría posteriormente de resolverlo.

VI. COMPETENCIA JUDICIAL

La determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la pretensión de habeas corpus constituye un aspecto fundamental en la regulación de este procedimiento. La Ley Orgánica 6/1984 establece una prelación de fueros que contempla tanto la competencia objetiva como la territorial, incluyendo además supuestos especiales que merecen consideración específica. El adecuado funcionamiento de este mecanismo garantista depende, en gran medida, de la correcta atribución competencial.

En lo referente a la competencia objetiva, el artículo 2 de la LOHC establece como regla general que corresponde al Juez de Instrucción conocer de las solicitudes de habeas corpus. Esta atribución resulta coherente con la naturaleza y finalidad del procedimiento, orientado a la protección inmediata de la libertad

[25] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 11.
[26] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 16.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

personal frente a detenciones ilegales. Como señala Toral Albin, "el juez en cuestión, una vez presentada la solicitud, está obligado a comprobar de oficio su competencia para conocer de la misma, debiendo inadmitirla, e incluso remitirla al juzgado competente, si no la apreciase"[27].

Respecto a la competencia territorial, la ley establece un triple fuero sucesivo y excluyente. Según el artículo 2.1 de la LOHC, conocerá "el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido"[28]. Esta regulación ha sido objeto de crítica por Almela Vich, quien considera que "el juez que debería tener preferencia para conocer del proceso debería ser el juez de instrucción del lugar de la detención"[29], aunque se admite que el criterio legal obedece a la necesidad de agilizar los trámites.

La ley contempla dos supuestos especiales de competencia que exceptúan la regla general. Por un lado, corresponde a los Jueces Centrales de Instrucción conocer de las solicitudes presentadas por detenidos por presuntos delitos de terrorismo, conforme al artículo 2.2 de la LOHC en relación con el artículo 55.2 de la Constitución. Por otro lado, los Jueces Togados Militares son competentes cuando la detención tiene lugar por sanción impuesta en el ámbito castrense, según establece el artículo 2.3 de la LOHC[30]. Estos casos excepcionales responden a la especialidad de las materias afectadas.

En conclusión, el sistema de atribución competencial diseñado por el legislador busca prioritariamente la celeridad en la tramitación del procedimiento, estableciendo criterios claros tanto en el aspecto objetivo como territorial, sin olvidar ciertas especialidades por razón de la materia. La correcta determinación del órgano competente resulta crucial para garantizar la inmediata intervención judicial ante detenciones presuntamente ilegales, cumpliendo así la finalidad esencial del habeas corpus como garante de la libertad personal.

VII. RECURSOS

El régimen de recursos en el procedimiento de habeas corpus presenta características específicas que reflejan la necesidad de conciliar la celeridad procesal con la tutela judicial efectiva. La ley orgánica reguladora establece un sistema restrictivo en cuanto a la impugnación de las resoluciones dictadas durante su tramitación, aunque la jurisprudencia y la doctrina han tratado de completar las lagunas existentes. Conviene analizar las diferentes posibilidades impugnatorias según el tipo de resolución judicial de que se trate.

[27] Sergio Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 13.
[28] Art. 2.1 Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de habeas corpus.
[29] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 12-13.
[30] Art. 2.3 Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de habeas corpus.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Respecto al auto que admite o deniega la incoación del procedimiento, el artículo 6 de la LOHC establece taxativamente que "contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabrá recurso alguno"[31]. Esta irrecurribilidad afecta tanto al auto que acuerda la apertura del procedimiento como al que la deniega por considerarla improcedente. El Tribunal Constitucional ha extendido esta inimpugnabilidad a los autos que inadmiten la solicitud por falta de competencia del órgano judicial, por entenderse que "el auto de inadmisión se fundamenta en la falta de un presupuesto procesal objetivo"[32], según señala Toral Albin.

En cuanto a la resolución final que estima o desestima la pretensión tras la sustanciación del procedimiento, la ley orgánica guarda silencio sobre su posible impugnación. Ante este vacío normativo, un sector doctrinal ha considerado aplicable supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según esta interpretación, aunque no cabría recurso de apelación por no reconocerse expresamente esta posibilidad en el artículo 217 de la LECR, sí podría plantearse recurso de queja ante el tribunal superior competente, conforme al artículo 218 de la misma ley[33].

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha rechazado esta posibilidad interpretativa, resolviendo que "dado el silencio de la LO 6/1984 no es posible ejercitar impugnación alguna previa al acceso ante este Tribunal por medio del recurso de amparo"[34]. Esta doctrina implica que la única vía de impugnación disponible frente al auto que resuelve sobre el fondo del habeas corpus es directamente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 44 de la LOTC, por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal.

Finalmente, cabe señalar que contra la resolución del Tribunal Constitucional que inadmite o desestima el recurso de amparo, existe la posibilidad de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como indica Toral Albin, "la legitimación de dicho tribunal se reconocería en virtud del artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos celebrado en Roma en 1950 y de la que España forma parte" , siempre que se hayan agotado previamente todos los recursos internos disponibles.

VIII. CONCLUSIONES

El habeas corpus constituye una herramienta fundamental para la protección de la libertad personal en nuestro ordenamiento jurídico. Tras examinar su regulación en la Ley Orgánica 6/1984, podemos afirmar que su configuración procesal responde adecuadamente a los principios constitucionales que inspiran esta

[31] Art. 6 Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de habeas corpus.
[32] Sergio Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 20.
[33] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 21.
[34] Toral Albin, El procedimiento de habeas corpus, 21, citando la STC 61/1995, de 29 de marzo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

institución. La combinación de agilidad, sencillez, generalidad y universalidad ha demostrado ser eficaz para garantizar la inmediata intervención judicial ante detenciones ilegales, aunque persisten algunos aspectos mejorables.

En cuanto a su efectividad práctica, debemos reconocer ciertas limitaciones. La inadmisión a trámite por consideraciones formales o competenciales puede convertirse en un obstáculo para el acceso a esta garantía. Como señala Montón Redondo, existe una "enorme dificultad de iniciarlo" en regímenes autoritarios, pero también se aprecia "merma a la hora de alcanzar una decisión" en sistemas democráticos. La irrecurribilidad de determinadas resoluciones judiciales constituye otra debilidad del procedimiento que podría comprometer su eficacia protectora.

La contribución del habeas corpus a la consolidación del Estado de Derecho resulta, no obstante, incuestionable. Como sostienen Bouyssou y Machado Pelloni, esta garantía actúa como "auditora del Estado de Derecho" y representa una "poderosa obstaculización de la arbitrariedad del poder político". Su mera existencia supone un límite efectivo frente a posibles abusos de las autoridades y particulares, recordando constantemente que la libertad personal constituye un bien jurídico primordial en nuestro sistema constitucional.

El habeas corpus trasciende su naturaleza procesal para erigirse en verdadero símbolo de la resistencia frente al poder arbitrario. Como afirma Soriano, la garantía nace con "la intención de complementar el ordenamiento jurídico mediante un procedimiento que restituyera la libertad y los derechos de aquéllos que habían sido privados de ella o sufrieran una restricción ilegal de la misma". Esta dimensión simbólica refuerza su valor como conquista histórica irrenunciable.

Finalmente, debemos concluir que el habeas corpus representa un instrumento vivo y dinámico que debe adaptarse constantemente a nuevos desafíos. Los retos actuales incluyen su aplicación en contextos como detenciones administrativas, controles migratorios o estados excepcionales. Su evolución futura dependerá de la capacidad de los tribunales para interpretarlo conforme a la cambiante realidad social, sin perder de vista su esencia como baluarte de la dignidad humana y de la libertad personal frente a cualquier forma de poder arbitrario.

IX. REFERENCIAS

Doctrina

Bouyssou, Norma I. y Fernando M. Machado Pelloni. "Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho." Revista Brasileira de Direito Processual Penal 2, no. 1 (2016): 111-143.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Montón Redondo, Alberto. "El derecho de habeas corpus." Revista Anales de la Facultad de Derecho 7 (1989): 169-186.

Toral Albin, Sergio. "El procedimiento de habeas corpus."

Jurisprudencia

STC 61/1995, de 29 de marzo.

STC 98/1986, de 10 de julio.

STC 154/1995, de 24 de octubre.

STC 224/1998, de 24 de noviembre.

Legislación

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

EXAMEN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

Raúl Sánchez González

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha

SUMARIO: *I. Introducción. II. Regulación legal de la prueba de testigos y dispensa de la obligación de declarar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. III. Fundamento y naturaleza de la dispensa del art. 416 LECr. IV. Evolución legislativa y jurisprudencial de la dispensa a la obligación de declarar entre determinados parientes del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 1. Legislación. 2. Jurisprudencia. V. Situación actual de la dispensa entre parientes del art. 416 LECr. 1. Referencia a la STC 41/2025, de 11 de febrero 2. Práctica procesal y cuestiones de valoración de prueba. 3. Estadísticas en el ámbito de la violencia de género. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 24.2 de la Constitución Española[1] (en adelante CE) reconoce, entre otros, el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como la posibilidad de dispensar de la obligación de declarar a determinadas personas vinculadas por lazos familiares o por secreto profesional. Este mandato constitucional remite al legislador ordinario la concreción del alcance y límites de dicha dispensa, lo que otorga un amplio margen de configuración normativa.

En este contexto, el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[2] (en adelante LECr) ha sido objeto de una intensa evolución legislativa y jurisprudencial, dado que regula los supuestos en los que ciertos parientes

[1] Art. 24.2 CE: "2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

[2] Art. 416 LECrim: "Están dispensados de la obligación de declarar:
1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.
Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:
1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.
2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

próximos al investigado y profesionales pueden eximirse de declarar en su contra. El fundamento de esta dispensa radica en la necesidad de proteger los vínculos familiares, evitar conflictos de lealtades y preservar la intimidad personal y familiar frente a las exigencias de la persecución penal[3].

Sin embargo, la interpretación de este precepto ha generado notables controversias en la práctica forense. La aplicación concreta de la dispensa ha sido delimitada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que han debido pronunciarse en múltiples ocasiones sobre aspectos como su extensión, su ejercicio en casos de violencia de género o su compatibilidad con otros derechos fundamentales.

En los últimos años, además, se han producido reformas legislativas relevantes y pronunciamientos jurisprudenciales de especial trascendencia. Todo ello obliga a realizar un análisis de la situación actual, con especial atención a los criterios de valoración probatoria y a las consecuencias prácticas que la dispensa presenta en el proceso penal.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA DE TESTIGOS Y DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del Capítulo V denominado "De las declaraciones de los testigos" del Título V "De la comprobación del delito y averiguación del delincuente" del Libro II "Del sumario", en sus artículos 410 a 450, regula la prueba de testigos. Como regla general en dichos preceptos se establece la obligatoriedad de todos aquellos que residan en territorio español, sean nacionales o extranjeros, de concurrir al llamamiento judicial y declarar sobre los hechos de los que tengan conocimiento, siempre que no se hallen impedidos para ello y hayan sido citados con las formalidades legales.

4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.
2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.
Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.
3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

[3] LÓPEZ GARCÍA-NIETO, I., "Dispensa de la obligación de declarar en casos de violencia de género", SEPIN, Las Rozas (Madrid), 2023. P. 97. "La razón de la excepción de la dispensa de declarar del art. 416 se ha encontrado, como ya he mencionado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, en los principios de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares, dispensado en el art. 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado con invocación del art. 18 de la Constitución Española".

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Esta obligación alcanza a cualquier tercero ajeno al proceso, en cuanto fuente personal de prueba, debiendo el testigo manifestar bajo juramento o promesa la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado en relación con los hechos objeto de enjuiciamiento[4].

Sin embargo, la propia LECr en los arts. 411 y 412 prevé supuestos especiales respecto de determinadas autoridades y personas que, bien están exentos de dicha de obligación o bien aun estando obligadas a declarar, quedan eximidas de comparecer personalmente ante el órgano judicial. Entre otros, se incluyen:

- El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino, así como los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas y sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados, no están obligados a declarar.
- Los miembros de la Familia Real distintos a los reseñados en el párrafo anterior, quienes están exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo por escrito.
- El Presidente del Gobierno, los demás miembros del Gobierno, los Presidentes de las Cámaras legislativas, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, el Fiscal General del Estado, los Presidentes de las Comunidades Autónomas y quienes hubieran desempeñado tales cargos, que podrán declarar por escrito acerca de hechos conocidos en el ejercicio de sus funciones o les será tomada en su domicilio o despacho oficial sobre cuestiones de las que no haya tenido conocimiento por razón de su cargo.
- Los Diputados y Senadores, los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del CGPJ, los Fiscales de la Sala del Tribunal Supremo, el Defensor del Pueblo, las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría suprior a la del que recibiere la declaración, los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado, el Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda, quienes podrán declarar desde su despacho oficial o sede institucional, con la debida comunicación al órgano judicial.

La LECr matiza estas exenciones a la obligación de concurrir al llamamiento judicial en el sentido de que si se trata de cargos cuya competencia se encuentra limitada territorialmente, la exención solo aplicará a las

[4] www.guíasjurídicas.laley.es: Prueba de testigos (proceso penal): 16/09/25.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

declaraciones que debieran recibirse en su territorio, salvo la excepción hecha de los presidentes de las Comunidades Autónomas y de las Asambleas Legislativas.

Asimismo, los miembros de las Oficinas Consulares se rigen por lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales.

En definitiva, el principio general es el deber jurídico de concurrir al llamamiento para testificar ante la autoridad judicial, modulándose dicho deber en atención a la especial posición institucional, representativa o diplomática de determinados sujetos.

Sin embargo, además de lo expuesto, la LECr en su artículo 416 también reconoce la dispensa de la obligación de declarar en favor de determinadas personas vinculadas con el procesado por estrechos lazos familiares o profesionales, atendiendo como hemos dicho a razones de lealtad, humanidad y de protección de la intimidad familiar.

En virtud del art. 416 LECr, se encuentran dispensados:

- Los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente.
- Su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la matrimonial.
- Sus hermanos, tanto consanguíneos como uterinos.
- Los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.

El Juez instructor debe advertir expresamente a estos sujetos de su derecho a no declarar, dejando constancia en las actuaciones de la opción ejercida por el testigo.

Resulta fundamental en este contexto familiar la obligación de informar al testigo que es el denunciante y víctima. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 5 de marzo de 2010 incidió en la necesidad de informar al testigo-víctima de su derecho a la dispensa en tres momentos procesales: 1) En sede policial (art. 261 LECr); 2) Ante el juez instructor (art. 416 LECr) y 3) En el juicio oral (art. 707 LECr). La omisión de esta advertencia podrá dar lugar a la nulidad de la declaración obtenida, aunque no la nulidad del proceso, siendo el tribunal el que debe valorar si persiste prueba de cargo suficiente[5].

Igualmente, están dispensados:

- El abogado defensor del procesado, respecto de los hechos que le hubiesen sido confiados en el marco de la relación profesional.

[5] STS Sala 2ª 160/2010, de 5 de marzo (Fundamento de Derecho 2º).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- Los intérpretes y traductores, en relación con las conversaciones mantenidas entre el imputado o acusado y su letrado, o entre los procesados, siempre que guarden conexión con el objeto del proceso.

La dispensa, sin embargo, se limita al procesado respecto del cual concurra el vínculo que la justifica, permaneciendo el deber de declarar en relación con los demás encausados, salvo que con ello se comprometa la defensa de su pariente o defendido.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, esta dispensa no resulta aplicable en determinados supuestos de especial protección de las víctimas, como cuando (art. 416.1 párrafo II LECr):

- El testigo ostente la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad.
- Se trate de delitos graves cometidos contra menores o personas con discapacidad y el testigo sea mayor de edad.
- El testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa por razón de edad o discapacidad.
- El testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
- El testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento tras haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

Por su parte, el artículo 417 LECr establece exenciones específicas en favor de:

- Los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes, respecto de los hechos revelados en el ejercicio de su ministerio.
- Los funcionarios públicos, civiles o militares, cuando al declarar violaran el secreto oficial al que estén obligados por razón de su cargo, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida.
- Las personas física o moralmente incapacitadas para prestar declaración.

Finalmente, el artículo 418 LECr dispone que ningún testigo podrá ser obligado a responder a aquellas preguntas cuyas respuestas pudieran perjudicarle a él mismo o a los parientes comprendidos en el artículo 416, salvo en casos de delitos especialmente graves contra la seguridad del Estado, la tranquilidad pública o la persona del Rey o su sucesor.

Ya en el marco "Del juicio oral", la Sección 2ª rubricada "Del examen de los testigos", dentro del Capítulo III "Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral" del Título III "De la celebración del juicio oral", Libro III "Del juicio oral", establece el art. 707 LECr que todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

sobre lo que les fuere preguntado, fijándose en el mismo precepto la excepción de las personas expresadas en los art. 416, 417 y 418 de la LECr.

Otras referencias a la dispensa del art. 416 LECr que encontramos en nuestra norma procesal penal serían las del art. 464 LECr inserta en el Capítulo VII del Título V, Libro II, relativo al informe pericial al establecer que no podrán prestar informe pericial acerca del delito, cualquiera que sea la persona ofendida, los que según el artículo 416 no están obligados a declarar como testigos, estableciéndose la posibilidad de incurrir en multa, si no en responsabilidad penal, si hallándose el perito en dicha situación no lo pusiera en conocimiento del juez y prestara informe.

Por otro lado, se refieren al art. 416 LECr los artículos 588 sexies c. LECr cuando regula el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información dentro del Capítulo VIII del Título VIII relativo a las "medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución" Libro II "Del sumario", estableciendo la excepción a los parientes del investigado y los profesionales amparados por razón del secreto profesional por virtud del art. 416 LECr de la obligación de facilitar a las autoridades y agentes encargados de la investigación la información que conozca y que resulte necesaria sobre el funcionamiento de un sistema informático o medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo. En un sentido similar se establece una excepción del deber de colaboración para las mismas personas dispensadas, parientes o profesionales, del art. 416, en el art. 588 septies b. LECr cuando regula la diligencia de registro remoto sobre equipos informáticos, en el Capítulo IX del mismo Título VIII.

Finalmente, en el Capítulo I "De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso", del Título III ter denominado "De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo", dentro del Libro IV "De los procedimientos especiales", se establece en el art. 803 ter a LECr que en el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416.

III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA DISPENSA DEL ART. 416 LECr

Tal y como se ha expuesto, el artículo 416 LECr constituye una excepción al deber general de declarar como testigo previsto en el artículo 410 del mismo cuerpo legal. Su fundamento descansa en el mandato constitucional del artículo 24.2 CE, que reconoce a la ley la posibilidad de regular los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Se trata, por tanto, de una excepción de origen constitucional al deber de colaborar con la justicia, que responde a la necesidad de equilibrar dos intereses contrapuestos: por un lado, la efectividad en la persecución penal y la obtención de pruebas; y por otro, en el ámbito familiar, la protección de su intimidad y

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de los vínculos afectivos que quedarían gravemente afectados si se forzara a declarar contra un pariente cercano[6].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado que el derecho de dispensa es un derecho del testigo familiar, y no del investigado: no existe un derecho de éste a impedir la declaración de sus parientes, sino un derecho de estos a no ser compelidos a declarar contra él. Así pues, la dispensa se configura como un derecho de configuración legal con raíz constitucional, individual y renunciable, cuyo ejercicio exige haber sido debidamente informado por la autoridad judicial[7]..

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina y la jurisprudencia[8] coinciden en destacar cuatro ejes fundamentales:

a) la protección de la solidaridad y los vínculos familiares (art. 39 CE);

b) la evitación de un conflicto de intereses para el testigo con sus parientes;

c) la salvaguarda de la intimidad familiar (art. 18 CE); y

d) El principio "nemu tenetur se ipsum accusare" respecto del acusado, en cuanto no cabe exigir indirectamente su autoincriminación a través de sus parientes[9].

No obstante, este carácter garantista genera problemas en delitos cometidos en el ámbito familiar, muy especialmente en los casos de violencia de género, donde con frecuencia la declaración de la víctima es la única prueba directa disponible. De ahí que tanto el legislador como el Tribunal Supremo hayan introducido limitaciones y una interpretación restrictiva de este derecho. La reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, ha excluido de la dispensa a los supuestos en los que la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, así como a los casos en que el testigo se haya constituido en acusación particular o haya aceptado declarar tras haber sido informado de su derecho a no hacerlo.

6 REY HUIDOBRO, L. F., "Las dispensas de la obligación de declarar contenidas en el artículo 416 de la LECrim., tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia", Diario LA LEY Nº 10526, Sección Tribuna, 14 de junio de 2024, LA LEY 19707/2024. p. 4: "El precepto, es un mecanismo para evitar el conflicto de intereses que se crea en los parientes de las personas investigadas en un proceso penal entre, su deber como ciudadanos de comunicar unos hechos delictivos y la lealtad y afecto hacia su familia. La dispensa queda plenamente justificada, tanto por los vínculos de solidaridad entre testigo y acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el artículo 39 CE, así como por el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar (SSTS 342/2021, de 23 de abril y 557/2016, de 23 de junio)".

7 STC 94/2010, de 15 de noviembre; SSTS 342/2021, de 23 de abril, 927/2022, de 30 de noviembre (FD 3º); 550/2023, de 5 de julio (FD Único); 863/2023, de 22 de noviembre (FD 4º).

8 SSTS 342/2021, de 23 de abril (FD 2) y 557/2016, de 23 de junio (FD 1º).

9 PLANAS BALLVE, M., "El ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar". Diario LA LEY, Nº 10750, Sección Doctrina, 24 de junio de 2025, LA LEY 8407/2025. p. 4-5.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En el ámbito específico de la violencia de género, el Tribunal Supremo y, más recientemente, el Tribunal Constitucional (STC, Pleno, 11 de febrero de 2025, rec. 5726/2021) ya había considerado que la personación de la víctima como acusación particular implicaba la renuncia al derecho de dispensa. Se entiende que la condición activa de parte procesal es incompatible con el privilegio pasivo de no colaborar con la justicia, pues el ejercicio de la acción penal es, en sí mismo, una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y conlleva una opción consciente de impulsar el procedimiento.

IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR ENTRE DETERMINADOS PARIENTES DEL ART. 416 LECr

1. Legislación

El artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha atravesado diversas etapas de configuración normativa. En su redacción originaria, el precepto ya contemplaba la dispensa de declarar para los parientes más próximos del procesado —ascendientes y descendientes en línea recta, cónyuge, hermanos consanguíneos o uterinos y colaterales hasta el segundo grado—, así como para el abogado del acusado en relación con los hechos que este le hubiese confiado en su condición de defensor. A continuación, señalaba la obligación del juez instructor de advertir expresamente al testigo comprendido en alguno de los supuestos que no estaba obligado a declarar contra el procesado.

Un punto de inflexión en la materia se produjo con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Pero fue en el Anteproyecto de LECr de 2011 donde se recogió expresamente la posibilidad de ofrecer la dispensa en la primera declaración, incluyendo a los parientes por afinidad dentro del ámbito de beneficiarios. El Pacto de Estado en materia de violencia de género de 2017 insistió en la urgencia de revisar la regulación del artículo 416 para «evitar espacios de impunidad», proponiendo modificaciones legales que restringieran la dispensa[10].

Finalmente, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, introdujo una reforma de gran calado. La norma mantuvo el núcleo tradicional de la dispensa, pero estableció supuestos en los que esta no resulta aplicable: cuando el testigo ostente la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor o con discapacidad; en delitos graves con víctimas especialmente vulnerables; cuando el testigo carezca de capacidad para comprender el sentido de la dispensa; cuando el testigo se haya personado como acusación particular; o cuando, habiendo sido informado, haya aceptado

[10] PLANAS BALLVE, M., Diario LA LEY, Nº 10750, 24 de junio de 2025, LA LEY. p. 3.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

declarar durante el procedimiento . Con ello, el legislador acotó de forma expresa un derecho que hasta entonces había operado de manera amplia, respondiendo a las críticas acumuladas en torno a su aplicación.

Sin embargo, la reforma introducida por la LO 8/2021 no ha resuelto determinadas contradicciones en nuestra ley procesal penal. Así, se ha generado una incoherencia normativa entre los artículos 416 y 261 LECr [11]. Mientras el art. 261 impone a determinados parientes un deber reforzado de denunciar cuando la víctima es menor o persona con discapacidad -incluso en delitos menos graves como violencia habitual, amenazas o agresiones sexuales del art. 181 CP-, el art. 416 sólo suprime la dispensa de declarar en casos de delitos graves.

Ello produce un efecto paradójico: el ordenamiento obliga al pariente a denunciar, pero permite que posteriormente se acoja a la dispensa y no declare en el proceso si los hechos no son constitutivos de delito grave. Así, el legislador exige activar el procedimiento penal, pero simultáneamente permite neutralizar la prueba esencial para su continuación, comprometiendo la eficacia del ius puniendi en delitos relevantes para la protección de menores y personas vulnerables[12].

En síntesis, en lo relativo a la evolución legislativa del artículo 416 LECr aparece un tránsito desde una configuración inicial más amplia, centrada exclusivamente en la protección de la intimidad y solidaridad familiar, hacia un modelo más restrictivo y matizado, en el que el legislador ha introducido limitaciones precisas para evitar que la dispensa se convierta en un obstáculo insalvable en la persecución de delitos especialmente sensibles, como los de violencia de género o los cometidos contra menores y personas con discapacidad.

En un plano más reciente, deben mencionarse igualmente las medidas aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados en el Informe de la Subcomisión para la renovación y actualización del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Dicha Subcomisión fue constituida a petición de diversos grupos parlamentarios en el Congreso - Popular, Socialista, Plurinacional SUMAR, Republicano, Junts per-Catalunya, Vasco (EAJ-PNV), Euskal Herria Bildu y Mixto - y presentó su informe ante la Mesa del Congreso el 5 de marzo de 2024.

---

11 Art. 261 LECrim: "Tampoco estarán obligados a denunciar:
1.º Quien sea cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.
2.º Quienes sean ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.
Esta disposición no será aplicable cuando se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección".

12 En este sentido REY HUIDOBRO, L. F., Diario LA LEY Nº 10526, 14 de junio de 2024, LA LEY. p. 10.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

El Informe, finalmente aprobado por el Pleno en su sesión plenaria de 26 de febrero de 2025, incorpora una previsión de especial relevancia para el ámbito procesal: la medida número 175, directamente relacionada con la dispensa de la obligación de declarar. Su contenido propone una ampliación excepcional que permita al juez, valorando las circunstancias, apreciar la concurrencia de una situación asimilada al parentesco que justifique la aplicación de dicha dispensa a favor de menores que, sin ser hijos del presunto maltratador, conviven con él y se encuentran en una situación potencial de conflicto[13].

2. Jurisprudencia

En cuanto a la evolución jurisprudencial en la interpretación del art. 416 LECr relativo a la dispensa a la obligación de declarar entre determinados parientes, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de ir pronunciándose a lo largo de los años, marcando así también el paso de las reformas en la redacción legal del precepto señaladas anteriormente. Así, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2013 se refirió al ámbito subjetivo de la dispensa, reconociendo que alcanzaba tanto a quienes mantenían como a quienes habían mantenido vínculos con el acusado. No obstante, introdujo dos excepciones:

a) Hechos posteriores a la disolución del matrimonio o de la relación análoga de afecto.

b) Supuestos en los que el testigo estuviera personado como acusación particular.

Con ello, el Tribunal Supremo delimitó el alcance del derecho, vinculándolo a la posición procesal de la víctima.

Otro de los interrogantes sobre las que se ha ido pronunciando la jurisprudencia es si en el caso en que la víctima denunciante se hubiera personado como acusación particular ello implicaría en un momento posterior del procedimiento la imposibilidad de acogerse a la dispensa. Sobre esta cuestión, sentencias como la STS 449/2015, de 14 de julio (FD 3º), y la STS 209/2017, de 28 de marzo (FD 5º), consolidaron el criterio de que, una vez que la víctima se personaba como acusación particular, perdía definitivamente la posibilidad de acogerse a la dispensa, incluso si con posterioridad desistía de ejercer dicha acusación.

Sin embargo, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 23 de enero de 2018 en un giro interpretativo, el Tribunal Supremo estableció que:

a) La acogida a la dispensa en el juicio oral impedía rescatar declaraciones anteriores de la víctima-testigo.

b) El hecho de haber sido acusación particular no excluía automáticamente la posibilidad de acogerse a la dispensa si la víctima había desistido de esa condición.

[13] TORRES DÍAZ, M. C., "La dispensa de la obligación de declarar en contextos de violencia de género ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional?". Diario LA LEY, Nº 10737, Sección Comentarios de Jurisprudencia, 5 de junio de 2025, LA LEY 6751/2025. p. 7.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Este acuerdo otorgó a la víctima una notable capacidad de influencia sobre el proceso penal, al permitirle condicionar la validez de las pruebas en delitos donde su testimonio era esencial, imposibilitando por ejemplo si se acogía a la dispensa en el acto del juicio oral, rescatar en este para valoración sus anteriores declaraciones prestadas en instrucción, ni siquiera por la vía del art. 730 LECr o las que se hubieran practicado como prueba preconstituida.

Sin embargo, posteriormente la Sala Segunda, en Pleno, corrigió la doctrina anterior mediante STS 389/2020, de 10 de julio, estableciendo que no recobra el derecho a la dispensa quien, habiendo denunciado y ostentado la posición de acusación particular, renuncie después a la misma.

El Tribunal fundamentó este cambio en varias razones. Así, el derecho a la dispensa es incompatible con la condición de denunciante-víctima, que ya ha roto la lógica de solidaridad familiar que justificaba el precepto. Se evita de este modo que la víctima pueda ser coaccionada para acogerse a la dispensa en el acto del juicio oral. Recogió el argumento de que se preserva la naturaleza de los delitos públicos, que no pueden quedar a disposición de la voluntad de la víctima, garantizando la seguridad jurídica y evitando que una misma persona alterne indefinidamente entre el estatuto de testigo dispensado y el de acusación.

V. SITUACIÓN ACTUAL DE LA DISPENSA ENTRE PARIENTES DEL ART. 416 LECr

En la actualidad, tal y como se ha expuesto el art. 416 LECr mantiene la dispensa para parientes cercanos, pero con limitaciones muy relevantes desde la LO 8/2021 y en la doctrina Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Con la actual redacción legal y jurisprudencia, si la víctima se persona como acusación particular o tras informado acepta declarar, pierde la dispensa definitivamente. Además, las excepciones introducidas en el precepto buscan evitar que menores y personas con discapacidad queden desprotegidos.

1. Referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2025, de 11 de febrero

Por su carácter reciente merece ser traída a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2025, de 11 de febrero (Pleno, rec. 5726/2021), que aborda la problemática de la dispensa de la obligación de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el ámbito de la violencia de género.

En cuanto al recorrido procesal en primer lugar se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Orihuela en el juicio rápido nº 330/2020. Frente a dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, que fue conocido por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alacant/Alicante en el rollo de apelación nº 1151/2020. Mediante sentencia de 10 de diciembre, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirma íntegramente la sentencia dictada en primera instancia. Contra la resolución de apelación se formuló recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

providencia de 24 de junio de 2021, acordó inadmitir el recurso de casación en los autos nº 363/2021. Frente a dicha providencia se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el plano de los hechos que dieron origen al caso, los mismos son ilustrativos de los conflictos interpretativos que ha suscitado esta institución. La denunciante presentó denuncia contra su pareja por un delito de violencia de género y se personó como acusación particular. En fase de instrucción fue advertida de su derecho a acogerse a la dispensa del artículo 416 LECr, pero renunció a él y ratificó su denuncia. Al llegar la fase de juicio oral, sin embargo, intentó acogerse a la dispensa preguntando expresamente si estaba obligada a declarar. El tribunal le indicó que, al haberse constituido en acusación particular, estaba obligada a testificar. Prestó declaración y la misma junto con otros elementos de corroboración periférica como el parte médico, fundamentaron la condena.

El condenado alegó en amparo la vulneración de sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 24.1 CE). A su juicio, la declaración de la víctima estaba viciada de nulidad por haberse practicado contra su voluntad, en vulneración de la dispensa prevista en el art. 416 LECr, y, en consecuencia, no podía servir como prueba de cargo.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, desestima el recurso y sienta una doctrina clara. En primer lugar, afirma que la dispensa del art. 416 es un derecho del testigo-pariente y no del acusado, de configuración legal y carácter excepcional, por lo que debe interpretarse restrictivamente (cfr. STC 94/2010, de 15 de noviembre). En este marco, la conducta procesal de la víctima resulta decisiva: su personación como acusación particular y la presentación de escrito de acusación constituyen una renuncia inequívoca al ejercicio de la dispensa. Permitir que, pese a ello, pudiera acogerse en juicio al art. 416 supondría vaciar de sentido el acto procesal de constituirse en parte acusadora.

En segundo lugar, el Tribunal analiza la validez probatoria de la declaración de la víctima. Subraya que fue prestada con las debidas garantías de contradicción, inmediación y asistencia letrada, y que estuvo corroborada por un informe médico. Conforme a reiterada jurisprudencia, la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia si cumple con dichas exigencias. El Tribunal concluye, por tanto, que la condena se apoyó en prueba constitucionalmente válida.

En tercer lugar, en relación con la imparcialidad judicial, la sentencia precisa que el juez, al leer pasajes de la declaración sumarial de la testigo para depurar contradicciones, actuó dentro de los márgenes autorizados por los arts. 708 y 714 LECr. No adoptó un papel acusador ni suplantó a las partes, sino que ejerció una facultad de esclarecimiento. En consecuencia, no se vulneró el derecho del acusado a un juez imparcial.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En la sentencia consta un voto particular señalando que el recurso de amparo debió estimarse debido a que la declaración testifical en la que se fundó la condena sí que estaba viciada de nulidad.

La STC 41/2025 consolida así la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo en la STS 389/2020, de 10 de julio, donde ya se había declarado que la condición de acusación particular es incompatible con el ejercicio de la dispensa del art. 416 LECr. Además, armoniza el criterio jurisprudencial con las reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, que añadió de manera expresa la exclusión de la dispensa en casos en que el testigo se hubiera personado como acusación particular (art. 416.1.4º LECr).

La sentencia responde a la necesidad de limitar el uso estratégico de la dispensa en contextos de violencia de género, donde su aplicación extensiva ha favorecido en ocasiones situaciones de impunidad. El Tribunal Constitucional afirma que quien denuncia, se persona y acusa a su agresor, no puede después replegarse en la dispensa para eludir su declaración en juicio.

En conclusión, la STC 41/2025 fija como doctrina que la personación como acusación particular comporta una renuncia clara a la dispensa de declarar. Esta resolución refuerza la línea restrictiva en su aplicación en el ámbito de la violencia de género, cerrando definitivamente la puerta a su invocación por quienes han asumido activamente el rol de parte acusadora.

2. Práctica procesal y cuestiones de valoración de prueba

El artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea una especial problemática en los procesos por violencia de género, en los que la declaración de la víctima constituye en muchas ocasiones la prueba principal de cargo.

Desde la perspectiva de la práctica procesal, la jurisprudencia ha reiterado que la verdadera prueba testifical debe producirse en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad. En consecuencia, si la víctima se acoge a la dispensa en el plenario, las declaraciones prestadas en sede policial o en instrucción no pueden ser valoradas autónomamente como prueba de cargo, salvo en los supuestos excepcionales previstos en el art. 730 LECr, cuando exista imposibilidad material de reproducción. Así, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 23 de enero de 2018 señaló que el acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECR, impedía rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. Sin embargo, como hemos expuesto anteriormente la posterior STS 389/2020, de 10 de julio, estableció que una vez formulada denuncia y constituida la víctima en el procedimiento como acusación particular no recobra posteriormente el derecho a la dispensa del art. 416 LECr al cual había renunciado por lo que tendrá la obligación de declarar en el juicio oral. En este sentido el art. 416 LECr, tras la reforma de 2021, ya excluye del

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

derecho a la dispensa al testigo tanto en el supuesto en que estuvo personado como acusación particular, como en el supuesto que haya decidido declarar durante el procedimiento después de informado de su derecho a no hacerlo.

Otro supuesto que no ofrece problema alguno es el caso en que el testigo decide declarar en las distintas fases del procedimiento sin variar sustancialmente su versión de los hechos pues en este caso simplemente habrá de ser valorada la misma por los jueces al dictar sentencia. Distinto es que tras informar al testigo y víctima de la posibilidad de dispensa del art. 416 LECr decide declarar en instrucción y en el juicio oral, pero exponiendo versiones distintas en cada una de ellas, siendo que en este supuesto el art. 714 LECr señala que cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe[14]. En cuanto al valor de la denuncia policial presentada por la víctima que posteriormente no declarar en instrucción ni en el juicio oral, ha de tenerse en cuenta que, con carácter general, conforme al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECr. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECr. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. El atestado se constituye en objeto y no en medio de prueba, por lo que lo afirmado en él por los testigos han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios de prueba.

Finalmente, en el supuesto en el que el testigo víctima no ha declarado en ninguna ocasión tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario), tendrá que valorarse el resto del material probatorio. En cuanto a la declaración de otros testigos hay que hacer hincapié en el caso en que éstos no sean testigos directos sino de referencia. Señalar, que conforme se señala en la STS, Sala 2ª, 161/2007 de fecha 27/02/2007 (FD 1º) la testifical de referencia sólo será prueba válida cuando sea legítima la sustitución del testigo directo, lo que ocurre en casos de imposibilidad o extrema dificultad de conseguir su presencia en el acto del juicio oral. En el caso de comparecencia del testigo al juicio oral que se acoge a la dispensa del art. 707 LECr, en relación con el art. 416 LECr señala la jurisprudencia en STSS 31/2009 (FD 5º), 129/2009 (FD 6º y 7º) o 867/2010 (FD 1º) que no cabría acudir ni a los arts. 714 y 730 LECr (que permiten la lectura la declaración prestada en instrucción ante la existencia de contradicciones para que explique las mismas o su lectura por imposibilidad de reproducirse la prueba en el juicio oral) ni a la declaración del testigo de referencia, a la cual se configura

[14] En este sentido STS, Sala 2ª, 400/2015, de 25 de julio (FD 1º).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

bien como prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios o bien como prueba subsidiaria, para ser considerada cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical. Ahora bien, en estos supuestos debe analizarse el valor que corresponde a la prueba de referencia frente a la prueba indiciaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dejado claro que la primera carece de virtualidad acreditativa suficiente cuando no concurren los presupuestos que justifiquen la imposibilidad de acudir a la fuente directa. Así lo declara la STS 544/2016, de 21 de junio (FD 3ª), que distingue entre la prueba referencial - limitada a reproducir lo que otro manifestó y de escasa fiabilidad salvo que no sea posible obtener la declaración del testigo directo - y la prueba indirecta o indiciaria, que sí permite construir inferencias fácticas razonables, lógicas y concluyentes siempre que se parta de hechos base debidamente acreditados y exista un razonamiento lógico que conecte los indicios con la conclusión condenatoria. Cuando los testigos no relatan lo que otra persona les dijo, sino que perciben de manera directa consecuencias objetivas del hecho delictivo - como lesiones, informes médicos, o comportamientos observables -, su testimonio no se reduce a simple referencia, sino que constituye un elemento indiciario válido para integrar la convicción judicial. De ahí que el Tribunal Supremo haya insistido en la necesidad de diferenciar con claridad la prueba referencial de la prueba indiciaria, pues mientras la primera tiene un valor muy limitado, la segunda puede ser suficiente para fundar una condena si cumple con los requisitos jurisprudenciales. En este sentido la STS 658/2021, de 3 de septiembre (FD 1º), que aborda el caso de una menor de seis años que, acogida a la dispensa de declarar contra su padre, no compareció en juicio, pero cuyo relato fue reproducido por un testigo que lo había percibido directamente, incluyendo sus expresiones y gestos. El Tribunal entendió que esa declaración no constituía una prueba referencial en sentido estricto, sino una percepción inmediata de la manifestación de la menor, dotada por tanto de valor probatorio.

Fuera de las distintas situaciones derivadas de la posición adoptada por el denunciante víctima en sus declaraciones judiciales examinadas anteriormente, haremos alusión a la cuestión relativa a si es necesaria la convivencia entre los parientes para hacer uso de la dispensa. La STS Sala 2ª, 292/2009, de 26 de marzo señaló en su Fundamento de Derecho Tercero que "el Tribunal Constitucional, pese a inadmitir la cuestión de constitucionalidad que se le presentaba, en su Auto 187/2006, de 6 de junio, pudo decir al respecto hemos de convenir con el Fiscal General del Estado en que no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado".

Sin embargo, lo que no es posible es extender la dispensa a vínculos afectivos, convivenciales o relacionales que, por intensos o prolongados que sean, carecen de cobertura normativa. El fundamento de la institución no

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

se encuentra en la fuerza del lazo emocional, sino en la existencia objetiva del parentesco legalmente contemplado, de manera que solo en este marco puede operar la exoneración del deber de declarar. Se excluyen las relaciones de noviazgo, tampoco están incluidos en la redacción del art. 416 LECr los parientes por afinidad[15].

Respecto al momento en que ha de apreciarse la existencia del parentesco a efectos de la dispensa, conforme al mencionado anteriormente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, debe atenderse al vínculo existente en el momento de los hechos. La circunstancia de que el matrimonio o la relación análoga se haya disuelto posteriormente no elimina, por sí sola, el derecho a la dispensa, salvo cuando los hechos sean posteriores al cese de la convivencia o cuando el testigo haya ejercido - o haya llegado a ejercer - la acusación particular, supuesto expresamente excluido.

Por último, apuntar que, en los procedimientos de violencia de género, se puede plantear la deducción de testimonio contra la víctima por presunto delito de falso testimonio o denuncia falsa cuando esta modifica su declaración en el juicio oral, se acoge a la dispensa del artículo 416 LECr o se retracta de lo dicho en sede policial o instructora. Sin embargo, tal práctica debe ser excepcional y muy cautelosa.

En primer lugar, la víctima amparada por la dispensa no podría incurrir en falso testimonio por negarse a declarar hallándose dentro de los supuestos del art. 416 LECr, pues el propio ordenamiento reconoce su derecho a abstenerse. También resultaría controvertida la deducción cuando la declaración inicial carece de validez por falta de advertencia adecuada de la dispensa, ya que dicha omisión impide utilizar la declaración viciada.

Además, las contradicciones entre la declaración instructora y la prestada en el juicio oral no permiten, por sí solas, afirmar la existencia de falso testimonio. Factores propios de la violencia de género - miedo, presión emocional, dependencia - podrían explicar cambios en el relato, lo que obliga a una valoración prudente y casuística[16].

---

15 REY HUIDOBRO, L. F., Diario LA LEY Nº 10526, 14 de junio de 2024, LA LEY. p. 5: "Partiendo de esta base, hemos de decir que, el derecho a la dispensa no debe vincularse con la subsistencia de los lazos de afectividad o, incluso, con la convivencia (SSTS 863/2023, de 22 de noviembre y de 26 de marzo de 2009). De todos modos, las relaciones de noviazgo están excluidas del ámbito del artículo 416 LECr (Circular de la FGE 6/2011). Tampoco están mencionados en el artículo 416 LECrim los parientes por afinidad (Cfr. SSTS 49/2018, de 30 de enero; 703/2014, de 29 de octubre y 62/2013, de 29 de enero). En este sentido, la STS n.º 3890/2023, de 24 de mayo consideró que la relación mantenida entre la testigo y el acusado (hija ella de la pareja sentimental de él), por más que ambos hubieran convivido de forma prolongada en el tiempo, no se encuentra entre las seleccionadas por el legislador a estos efectos".

16 En este sentido LÓPEZ GARCÍA-NIETO, I., "Dispensa de la obligación de declarar en casos de violencia de género", SEPIN, Las Rozas (Madrid), 2023. p. 175: "Y en lo que respecta a la deducción de testimonio de las declaraciones vertidas por la denunciante por posibilidad de haber incurrido está en un delito de falso testimonio o denuncia falsa, tampoco los jueces seguirán el mismo criterio, quizás amparándose alguno de ellos en "el miedo insuperable" de la víctima para no deducirlo, máxime teniendo en cuenta que la propia sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, en su fundamento jurídico duodécimo, establece: La víctima podrá declarar libremente, pues al haber renunciado a la dispensa por el ejercicio de la acusación particular, en los términos que aquí se interpretan, de nada valdrá a su presunto agresor

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

3. Estadísticas en el ámbito de la violencia de género

Conforme a los datos estadísticos contenidos en el Informe Anual sobre Violencia de Género 2024 elaborado por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial[17], la dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECr continúa teniendo una incidencia sustancial en el enjuiciamiento de las conductas subsumibles en el ámbito de la violencia de género. Durante el ejercicio 2024, en los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer 18.629 víctimas se acogieron a dicha prerrogativa.

El análisis por nacionalidades evidencia un comportamiento diferenciado: 10.269 mujeres españolas hicieron uso de la dispensa (8,87 por cada 100 víctimas), frente a 8.360 mujeres extranjeras, cuya proporción se eleva a 12,26 por cada 100 víctimas. Esta disparidad refleja que el ejercicio del derecho regulado en el art. 416 LECr no se distribuye de forma homogénea entre los distintos colectivos, lo que puede guardar relación con factores de vulnerabilidad, dependencia económica o contexto social.

A nivel territorial, las cifras también revelan una aplicación desigual. Comunidades Autónomas como Aragón (19,1 %) o Asturias (19,1 %) presentan los porcentajes más elevados de víctimas acogidas a la dispensa, frente a otras como Extremadura (1,6 %) o Navarra (2,7 %), donde su utilización es excepcional.

En el ámbito de los Juzgados de lo Penal, se registraron 1.117 casos en los que la víctima invocó la dispensa (674 españolas y 443 extranjeras). Asimismo, en las Audiencias Provinciales constan cinco supuestos en los que la víctima se acogió a dicho derecho procesal.

En cuanto al examen comparado según datos correspondientes a la Memoria del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género 2024[18] las 18.629 dispensas a las que se acogieron las víctimas de violencia de género supusieron un porcentaje del 9,4% en relación con el total de denuncias tramitadas por violencia de género, lo que supone un ligero descenso respecto al porcentaje registrado en el año anterior (9,8%).

Desde una perspectiva procesal, dicha ratio resulta especialmente relevante, pues refleja que la utilización de la dispensa mantiene un impacto estructural considerable en la disponibilidad probatoria en los procedimientos de violencia de género. Ello adquiere especial importancia en aquellos supuestos en los que

coaccionarla o amenazarla para que se pliegue a sus intereses, y en todo caso, siempre dispondrá la víctima de la eximente de miedo insuperable, si hubiera lugar a ella".

[17] Informe anual sobre la violencia de género 2024: 08/12/25. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2024.

[18] Memoria del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género 2024: 10/12/2025.www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del Observatorio/Memorias/Memoria-del-Observatorio-contra-la-Violencia-Domestica-y-de-Genero-2024.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

la declaración de la víctima constituye prueba esencial de cargo, de modo que la imposibilidad de obtener su testimonio en juicio puede comprometer la viabilidad de la acusación.

VI. CONCLUSIONES

El examen del artículo 416 LECr, a la luz de su evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal, permite afirmar que nos encontramos ante una institución compleja, situada en el punto de equilibrio entre dos elementos en tensión: de un lado, la protección de la intimidad familiar y los vínculos de solidaridad que justifican la dispensa de declarar (arts. 24.2 y 39 CE); de otro, la exigencia de eficacia de la persecución penal y de tutela judicial efectiva, especialmente en ámbitos como la violencia de género, donde la declaración de la víctima constituye, en la mayoría de los casos, la prueba esencial para la enervación de la presunción de inocencia.

La reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, supuso un punto de inflexión al introducir un régimen de cinco excepciones que restringen considerablemente el ámbito de aplicación del art. 416 LECr, alineando el texto legal con las necesidades de protección reforzada a menores y personas con discapacidad y con la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, especialmente en lo referido a la renuncia a la dispensa cuando el testigo se persona como acusación particular.

A nivel jurisprudencial, la evolución interpretativa muestra un tránsito desde una concepción más amplia del derecho de dispensa hacia una lectura cada vez más restrictiva, orientada a impedir que el ejercicio del derecho acabe por frustrar el ius puniendi del Estado en contextos particularmente sensibles. El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 23 de enero de 2018 supuso un hito al impedir la valoración de declaraciones previas de la víctima cuando esta se acogía a la dispensa en el acto del juicio oral, circunstancia que otorgaba al testigo-víctima una capacidad de paralizar el procedimiento difícilmente conciliable con la naturaleza pública del proceso penal.

Este criterio fue parcialmente corregido por la STS 389/2020, que declaró incompatible el derecho de dispensa con la condición de acusación particular, aun cuando la víctima renunciara a dicha personación con posterioridad. Con ello el Tribunal Supremo reforzó la idea de que quien ha decidido intervenir activamente en el proceso penal, contribuyendo a su impulso, no puede posteriormente invocar un derecho excepcional que se fundamenta precisamente en la pasividad y en la protección de los vínculos familiares. Tal solución pretende evitar presiones externas, asegurar la estabilidad del procedimiento y preservar la naturaleza de los delitos públicos.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En esta misma línea, la reciente STC 41/2025, de 11 de febrero, ha venido a reforzar los límites constitucionales del derecho de dispensa, precisando de forma categórica que la personación de la víctima como acusación particular comporta una renuncia inequívoca al art. 416 LECr, aun cuando con posterioridad pretenda acogerse a él en el acto del juicio oral. El Tribunal Constitucional enfatiza que quien decide intervenir activamente en el proceso penal, formulando escrito de acusación y sosteniendo la acción penal, no puede después invocar una prerrogativa diseñada para proteger la pasividad del testigo-pariente, pues ello supondría desnaturalizar el fundamento mismo del precepto. Además, el Tribunal descarta que la exigencia de declarar en estos supuestos vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia, recordando que la dispensa es un derecho de configuración legal, de carácter excepcional y sujeto a interpretación estricta. Esta sentencia, alineada con la doctrina previa y con la reforma de la LO 8/2021, consolida definitivamente la incompatibilidad entre la dispensa y la posición procesal de acusación particular, cerrando espacios de incertidumbre interpretativa y reforzando la estabilidad probatoria en los procedimientos de violencia de género.

Los datos estadísticos del acogimiento a la dispensa en el ámbito de la violencia de género revelan que el art. 416 LECr sigue teniendo un importante impacto en la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos, obligando en muchas ocasiones a recurrir a pruebas periféricas o indiciarias para sostener la acusación.

En lo que respecta a la coherencia interna del sistema, persisten incongruencias normativas no resueltas por la LO 8/2021, especialmente la falta de armonización entre los arts. 261 y 416 LECr. Así, pueden producirse situaciones paradójicas en las que el testigo tenga la obligación de denunciar ciertos delitos, pero, posteriormente, pueda acogerse a la dispensa de declarar en el juicio.

En definitiva, las reformas recientes han reforzado la protección procesal de menores y personas con discapacidad, garantizando su derecho a ser oídas y evitando que la dispensa de denunciar o declarar les perjudique cuando son víctimas de delitos graves. Asimismo, se ha avanzado al introducir la legislación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la tutela de las víctimas de violencia de género.

No obstante, persiste la necesidad de una armonización legislativa que unifique el régimen de la dispensa, de modo que sería interesante que su aplicación se vincule a la comisión de delitos graves contra las personas, evitando así las disfunciones actuales y fortaleciendo la seguridad jurídica del sistema

VII. BIBLIOGRAFÍA

Manuales y artículos

BADIOLA COCA, S., “La inaplicación de la dispensa de la obligación de declarar en juicio contra expareja denunciada por violencia de género. Conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno de 11 de

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

febrero de 2025, Rec. 5726/2021", LA LEY Probática, Nº 20, Sección Análisis Jurisprudencial, Segundo trimestre de 2025, LA LEY 9494/2025.

FERNÁNDEZ NIETO, J., "Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del art. 416 LECr**",** SEPIN, Las Rozas (Madrid), 2021.

LÓPEZ GARCÍA-NIETO, I., "Dispensa de la obligación de declarar en casos de violencia de género", SEPIN, Las Rozas (Madrid), 2023.

PLANAS BALLVE, M., "El ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar". Diario LA LEY, Nº 10750, Sección Doctrina, 24 de junio de 2025, LA LEY 8407/2025.

REY HUIDOBRO, L. F., "Las dispensas de la obligación de declarar contenidas en el artículo 416 de la LECr., tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia", Diario LA LEY Nº 10526, Sección Tribuna, 14 de junio de 2024, LA LEY 19707/2024.

RODRÍGUEZ MENÉNDEZ, Y., "La dispensa de la obligación de declarar de la mujer víctima de violencia de género y de los menores y personas con discapacidad", Diario LA LEY Nº 172, Sección Derecho Procesal, Enero-Febrero 2025, LA LEY 1799/2025.

TORRES DÍAZ, M. C., "La dispensa de la obligación de declarar en contextos de violencia de género ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional?". Diario LA LEY, Nº 10737, Sección Comentarios de Jurisprudencia, 5 de junio de 2025, LA LEY 6751/2025.

VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A. "Reformas en las dispensas de denunciar y declarar efectuada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y adolescencia", SEPIN SP/DOCT/114448, Redacción Jurídica Sepín, Opinión, Octubre 2021.

Jurisprudencia

STS, Sala 2ª, 161/2007 de 27 de febrero.

STS, Sala 2ª, 31/2009, de 27 de enero.

STS Sala 2ª, 292/2009, de 26 de marzo.

STS, Sala 2ª, 129/2009, de 10 de febrero.

STS, Sala 2ª, 160/2010, de 5 de marzo.

STS, Sala 2ª, 867/2010, de 21 de octubre.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

STS, Sala 2ª, 449/2015, de 14 de julio.

STS, Sala 2ª, 400/2015, de 25 de julio.

STS, Sala 2ª, 544/2016, de 21 de junio.

STS, Sala 2ª, 557/2016, de 23 de junio.

STS, Sala 2ª, 209/2017de 28 de marzo.

STS, Pleno Sala Segunda, 389/2020, de 10 de julio.

STS, Sala 2ª, 342/2021, de 23 de abril.

STS, Sala 2ª, 658/2021, de 3 de septiembre.

STS, Sala 2ª, 927/2022, de 30 de noviembre.

STS, Sala 2ª, 550/2023, de 5 de julio.

STS, Sala 2ª, 863/2023, de 22 de noviembre.

STC 94/2010, de 15 de noviembre.

STC, Pleno, 41/2025 de 11 de febrero 2025, Rec. 5726/2021.

Acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 24 de abril de dos mil trece.

Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3 de junio de dos mil quince.

Acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 23 de enero de dos mil dieciocho.

Acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 10 de julio de dos mil veinte.

Páginas web

www.guíasjurídicas.laley.es : Prueba de testigos (proceso penal): 16/09/25.

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2024. Informe anual sobre la violencia de género 2024. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. CGPJ 2024: 08/12/25.

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Memorias/Memoria-del-Observatorio-contra-la-Violencia-Domestica-y-de-Genero-2024. Memoria del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género 2024. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. CGPJ: 10/12/2025.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

Jurisprudencia Civil

RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO TÉCNICO EN LA LOE COMENTARIOS A LA STS 2352/2021, 17 JUNIO 2021

M.ª Carmen Arijón Loureiro

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña

SUMARIO: *I. Introducción. II. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil 2352/2021 de 17 Junio 2021. III. Conceptos determinantes de los procesos constructivos de la LOE. IV. Cuestiones resueltas por el Tribunal Supremo sobre la intervención provocada en la LOE. V. Otras cuestiones sobre la LOE. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión objeto de análisis en este artículo es el estudio de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera nº 2352/2021 de 17 de junio de 2021, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En ella se analizan aspectos fundamentales que surgen en los procedimientos judiciales derivados de vicios o defectos de los procesos constructivos que se regulan en la actual Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999 de 5 de noviembre.

En primer lugar, se analiza la doctrina relativa al plazo de garantía que regula el artículo 17.1 LOE, así como la naturaleza del daño, los aspectos procesales de la intervención provocada y ya por último, la responsabilidad del arquitecto técnico en la LOE. Por otra parte, en este artículo analizaremos los conceptos más relevantes de los procesos constructivos de la LOE, tales como la intervención de las partes en los procesos civiles, la intervención provocada, la solidaridad propia e impropia y otras cuestiones relevantes en la doctrina del Tribunal Supremo.

II. COMENTARIOS A LA SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, SALA CIVIL 2352/2021 DE 17/6/2021

1. Antecedentes de hecho

a) Tramitación en primera instancia

En los antecedentes de la sentencia se señala que dos comunidades de propietarios de Sant Boi de Llobregat y la Promotora interpusieron una demanda de juicio ordinario contra la mercantil constructora en ejercicio

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de la acción de responsabilidad contractual del art. 1101 CC y de las acciones del art. 17 LOE suplicando lo siguiente: que se declare la responsabilidad de la constructora por defectos constructivos en el pavimento de la totalidad de las viviendas construidas, que se condene a la indemnización a la promotora en la cuantía de 10.777,38 €, que se condene a la indemnización a las comunidades de propietarios de 1.290.827,40 € y a la condena en costas a la demandada.

Por su parte, la demandada Construcciones formuló un incidente de intervención provocada de tercero al objeto de que se llamase al procedimiento al Arquitecto y al Aparejador de la obra.

La sentencia de 1ª Instancia del Juzgado Nº 1 de Hospitalet de Llobregat estimó parcialmente la demanda y condena a la demandada Construcciones a abonarles una cantidad inferior a las Comunidades de Propietarios y a la promotora.

En relación con el Arquitecto y Aparejador en su condición de terceros intervinientes, no les condena ni absuelve, con imposición de las costas causadas a los mismos a Construcciones por aplicación de lo dispuesto en el art. 14.2.5 LEC.

b) Tramitación en segunda instancia

Ambas partes demandante y demandada formularon recurso de apelación contra la citada sentencia de primera instancia.

Posteriormente, se dicta Sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19 en fecha 20/12/2017 cuyo fallo procede a la estimación sustancial de la demanda.

Los pronunciamientos de la sentencia de apelación son los siguientes: Estimación sustancial del recurso de apelación de la promotora y las Comunidades de propietarios, estimación parcial del recurso de apelación de la constructora, la revocación de la sentencia de primera instancia y con estimación sustancial de la demanda, la condena a la demandada a abonar las sumas de 15.170,52 € a la promotora y 824.163,09 € a las dos Comunidades de propietarios y la condena en costas de la primera instancia a la constructora demandada, excepto a las costas de los llamados en garantía (arquitecto y aparejador).

c) Interposición y tramitación del recurso de casación

La empresa constructora interpuso recurso de casación en base a tres motivos:

1º. Por el cauce del art. 477.1 LEC: Infracción del art. 17.1.b) LOE.

2º. Por el cauce del art. 477.1 LEC: Infracción del art. 1902 Código Civil.

3º. Por el cauce del art. 477.1 LEC: Infracción de los arts. 13.1 y 13.2.c) LOE.

Por Auto del TS de 2 de Diciembre de 2020 se admitió el recurso de casación y las restantes partes formularon escrito de oposición al recurso, es decir, la parte actora, las Comunidades de Propietarios y la Promotora y los terceros intervinientes, Arquitecto y Aparejador.

No se solicitó vista por ninguna de las partes, por lo que se señaló para votación y fallo el 19 de junio de 2024.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2. Fundamentos de derecho

a) Antecedentes

Las dos Comunidades de Propietarios afectadas por vicios constructivos en la pavimentación interior de las viviendas y la Promotora que vendió las viviendas y costeó las reparaciones urgentes, reclamaron a la Constructora el pago de las obras de reparación, los gastos de alojamiento y de depósito del mobiliario más las costas.

La Constructora se opuso a la demanda y a su vez, formuló un incidente de intervención provocada del art. 14 LEC para ser llamados los terceros agentes intervinientes en el proceso constructivo, esto es, el Arquitecto Superior y el Aparejador o Arquitecto Técnico.

En este caso, los demandantes no interponen demanda contra el Arquitecto y Aparejador, pero sin embargo, estos últimos sí formularon contestación a la demanda.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a Construcciones al pago de las cantidades señaladas por daños en las viviendas.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó sustancialmente el recurso de los demandantes.

b) Argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona

La sentencia de segunda instancia estimó sustancialmente el recurso de las partes demandantes y consideró que las patologías del pavimento afectan a todas las viviendas y se produjo para todas ellas dentro del plazo de garantía de los tres años, pues la causa de su existencia es la forma y materiales empleados en su ejecución y que fue la misma para la totalidad de la promoción, es decir, se trata de un **defecto generalizado** tanto si se había materializado como si el vicio existía pero no se había exteriorizado.

Además, añade la sentencia que, al ser un defecto generalizado, la aparición del defecto dentro del plazo de garantía de los tres años, imposibilita la preclusión del plazo de garantía para las viviendas en las que no se ha materializado el vicio y nos recuerda la jurisprudencia que señala que el plazo de tres años no es un plazo de prescripción ni de caducidad sino de garantía.

Del mismo modo, la sentencia de la Audiencia Provincial señala que no cabe atribuir responsabilidad al arquitecto superior porque el cambio de tamaño de las baldosas (de 25x25 cm a 41x41 cm) ni la modificación del trazado de los tubos de la calefacción no fueron la causa de los despegues, abombamientos y roturas de las plaquetas.

Ni tampoco, cabe atribuir la responsabilidad al arquitecto técnico o aparejador ni por la mala elección del material de agarre porque no se probó que el material empleado fuera inadecuado ni por ausencia de supervisión de los trabajos de colocación del pavimento porque la tarea de colocar el pavimento no entraña complejidad técnica que exija de las instrucciones de la dirección facultativa.

c) Motivos del recurso de casación

La constructora interpuso recurso de casación en base a tres motivos:

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

1º. Infracción del art. 17.1.b) LOE

La constructora impugna el argumento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, mantiene que la preclusión de la garantía no puede afectar a ninguna de las viviendas, tanto si se ha exteriorizado el defecto como si no se ha materializado en dicho plazo. El recurrente impugna la sustitución total del pavimento de las 84 viviendas.

2º. Infracción del art. 1902 Código Civil

La Constructora impugna la condena por reparación de unos daños que no se han producido, argumentando que según el precepto infringido (art. 1902 CC) y la jurisprudencia, el DAÑO ha de ser REAL Y EFECTIVO (hay que acreditarlo). En consecuencia, no es indemnizable un daño eventual.

3º. Infracción de los arts. 13.1 y 13.2.c) LOE

El recurrente mantiene que los defectos en la colocación del pavimento son responsabilidad del aparejador por falta de la debida supervisión de la obra.

d) Hechos no controvertidos

Son hechos no discutidos que, Construcciones construyó dos edificios de 84 viviendas, locales y garajes para la Promotora.

La recepción de las obras de cada edificio por la promotora fue en 2005. La defectuosa colocación del pavimento interior (solado) apareció dentro del periodo de garantía de los tres años que establece el art. 17.1.b) LOE, apareciendo en algunas viviendas las baldosas dañadas con abombamientos, fisuras, roturas y levantamientos o despegues.

La causa del vicio constructivo consiste en que las baldosas dañadas eran de gres esmaltado, se proyectaron de 25x25 cm y luego se colocaron de 41x41 cm con una absorción medio baja, y a pesar de cambiarse el tamaño no se cambió el material de agarre que era más caro y en definitiva, no se siguieron las instrucciones del fabricante para su colocación.

3. Motivo primero: plazo de garantía

Se desestima el motivo fundado en el art. 17.1 b) LOE. La sentencia de apelación entendía que las patologías del pavimento afectan a las 84 viviendas y se produjeron para todas dentro del plazo de garantía de los tres años pues la causa es la forma y materiales empleados en su ejecución, y que fueron los mismos para todas las viviendas, por lo que se trata de un defecto generalizado, tanto si se ha materializado el defecto en la vivienda como si el vicio existe pero no se ha manifestado.

La sentencia añadía, que no hay preclusión de la garantía en ninguna de las viviendas, pues los defectos en el pavimento no son puntuales sino generalizados.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, manteniendo que las patologías del pavimento son las mismas para todas las viviendas y se produjeron dentro del periodo de garantía, tanto si se han exteriorizado como si no.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Mantiene, el TS que, el daño es para cada propietario, tanto si se ha manifestado o no los defectos, por tanto, en la sentencia de apelación, no se confunde el defecto con el daño, es decir, el daño es la consecuencia del defecto.

4. Motivo segundo: naturaleza del daño

Se desestima este motivo. El recurrente entiende que el daño no está acreditado y que no son suficientes meras hipótesis o probabilidades y por consiguiente, se infringe el art. 1902 Código Civil.

Sin embargo, ha resultado probado que el defecto es generalizado y que las patologías afectan a las 84 viviendas, por lo que, en consecuencia, el daño no es hipotético sino real.

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo vino definiendo el concepto de daño en varias sentencias. Así, la STS 221/2014 de 5 de mayo define el daño como "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio". Por tanto, los requisitos del daño en el proceso constructivo son: un daño material actual (no futuro) y que comprometen o ponen en riesgo la resistencia y estabilidad de la vivienda.

En resumen, son daños materiales que comprometen la integridad de la vivienda, que afectan a la habitabilidad, porque su subsanación o reparación de los defectos tiene un coste cierto y evaluable económicamente y por lo tanto, no se infringe el art. 1902 Código Civil.

5. Motivo tercero: intervención procesal del arquitecto técnico

El recurrente pretende la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico, aunque no haya sido demandado dada su condición de interviniente (art. 13.1 y 13.2 c) LOE.

La intervención provocada de tercero se regula en el art. 14.2 LEC y en los procesos constructivos en la Disposición Adicional 7ª LOE.

Recientemente, la doctrina jurisprudencial se ha pronunciado sobre la posición jurídica de los terceros intervinientes en las siguientes sentencias: STS Pleno 459/2020, 28 julio: mantiene que la posición jurídica es la de TERCEROS, no hay litisconsorcio pasivo necesario. Sólo es demandado si el demandante dirige la demanda frente al tercero y si no la dirige, no es parte demandada, además en la sentencia no hay condena ni absolución del tercero y la STS Pleno 538/2012, 26 septiembre señala que el tercero como agente de la edificación (art. 14 LEC) sólo es parte demandada si el demandante dirige la acción contra él, sin embargo, el tercero quedará vinculado por las declaraciones de la sentencia para un juicio posterior y no podrá ejecutarse la sentencia contra el tercero cuando no ha sido condenado ni absuelto en la sentencia.

6. Efecto prejudicial

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre la OPONIBILIDAD Y EJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA, siendo muestra de ello las siguientes:

1) STS Pleno 538/2012, 26 septiembre: la situación de tercero es la posición de quien está al cuidado del litigio y quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia sobre su actuación en el

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

proceso constructivo para un juicio posterior y no podrá ejecutarse la sentencia contra tercero porque no fue condenado ni absuelto en la sentencia.

2) STS Pleno 459/2020: En la Disposición Adicional 7ª LOE, los terceros impugnantes no son formalmente parte demandada porque el demandante no dirigió la demanda contra ellos y no hay absolución ni condena, pero los terceros quedarán vinculados por las declaraciones en la sentencia de apelación y en un juicio posterior no podrán alegar que eran ajenos a lo ejecutado.
3) STS 760/2014, 8 enero y 1364/2016, 29 diciembre.

En resumen, la constructora al recurrir en casación está facultada para solicitar la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico porque éste se ha personado y ha gozado de todas las posibilidades procesales de defensa.

7. Responsabilidad del arquitecto técnico en la LOE

Se estima el motivo tercero.

La recurrente entiende que debe declararse la responsabilidad del arquitecto técnico por ser defecto generalizado.

En primer lugar, debemos partir de las obligaciones que tiene el arquitecto técnico en el proceso constructivo y que son las que se regulan en el art. 13 LOE y a su vez, en el Código Técnico de la Edificación, art. 7.

La jurisprudencia con carácter general viene declarando que el arquitecto técnico es responsable por la "omisión de la vigilancia debida". En este mismo sentido, se pronuncian las sentencias siguientes:

1) STS 1092/2003, 12 Noviembre declaró que la responsabilidad del arquitecto técnico o aparejador deriva del incumplimiento de sus obligaciones profesionales, entre ellas, inspeccionar con asiduidad los materiales, proporciones y mezclas.
2) STS 380/2004, 6 mayo: es responsable el aparejador por la "omisión de la vigilancia debida".
3) STS 617/2007, 24 mayo señala que la responsabilidad del aparejador o arquitecto técnico es dirigir la ejecución material de la obra (art. 13 LOE) y en caso de incumplimiento, responde solidariamente con la constructora al no poder individualizar las responsabilidades.

8. Fallo

- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Construcciones y dejar sin efecto la declaración de ausencia de responsabilidad del arquitecto técnico.
- Confirmar el fallo de la sentencia recurrida.
- No imposición de costas del recurso de casación.

9. Conclusiones del análisis de la sentencia 2352/2021, 17 junio 2021

Existe RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO TÉCNICO cuando el defecto o vicio constructivo afecta a toda la obra, como ocurre en el caso analizado, pues afecta a la pavimentación interior de todas las viviendas (84).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

El arquitecto técnico tiene las funciones de CONTROL, INSPECCIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LA OBRAS, sin embargo, no puede ser condenado en esta sentencia porque la actora no le demandó y sólo actuó como un tercero interviniente y por tanto, produce los efectos de oponibilidad y ejecutividad que establece la Disposición Adicional 7ª LOE en las acciones internas entre constructora y arquitecto técnico.

III. CONCEPTOS DETERMINANTES DE LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS DE LA LOE

1. La intervención de las partes en el proceso civil

La intervención procesal consiste en la entrada de un tercero en un proceso civil ya iniciado y pendiente de resolución entre las partes legitimadas, adquiriendo la condición procesal de parte con fundamento en un interés directo y legítimo en el resultado del proceso.

Las clases de intervención pueden ser dos: voluntaria o provocada por el demandante o por el demandado.

1) La **intervención voluntaria** consiste en la intervención por iniciativa propia de sujetos originariamente no demandantes ni demandados que acrediten tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. Su tramitación se regula en el artículo 13 LEC.
2) La **intervención provocada** consiste en la intervención de un tercero en el proceso a instancia de las demás partes de este, esto es, podrá ser llamado por el demandante o por el demandado. Se regula en los arts. 14 y 15 LEC.

1) La intervención provocada se produce en los casos siguientes:
2) Coherederos para el pago de deudas hereditarias (art. 1084 Código Civil).
3) Notificación de la demanda de evicción al vendedor por su obligación de saneamiento y también en arrendamientos (arts. 1481, 1482 y 1553 CC).
4) Excusión de los bienes del deudor antes de exigir responsabilidad al fiador (arts. 1830 y 1832 CC).
5) Llamada a los restantes agentes en un proceso constructivo (Disposición Adicional 7ª LOE).
6) Llamada a los interesados en los procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales (Disposición final quinta de la Ley 4/2023, 28 febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y artículo 15 quarter LEC).

2. La intervención provocada en los procesos constructivos. disposición adicional 7ª LOE

La intervención provocada en los procesos constructivos se regula en la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999 de 5 noviembre, que bajo el título: "Solicitud de la demanda de notificación a otros agentes" dispone: *Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

Por tanto, conforme a dicha normativa se permite a los demandados contra los que se ejerciten acciones de responsabilidad en un proceso constructivo, que podrán solicitar que la demanda se notifique a los restantes agentes que hayan participado en el mismo, como por ejemplo, cuando se demanda al constructor, éste podrá solicitar dentro del plazo que señala la LEC para contestar a la demanda (20 días en juicio ordinario), que se le notifique la demanda al arquitecto superior y/o al arquitecto técnico o aparejador si hubieren intervenido en la misma y viceversa.

Además, la citada Disposición Adicional 7ª LOE regula la forma en que ha de efectuarse la notificación (igual que el emplazamiento a los demandados) y deberá contener la advertencia expresa de que, en caso de no comparecer, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

IV. CUESTIONES RESUELTAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INTERVENCIÓN PROVOCADA EN LA LOE

1. ¿Los agentes llamados mediante intervención provocada son parte demandada?

Sólo será parte demandada si el actor decide dirigir la demanda contra el tercero y en consecuencia, la sentencia que se dicte no podrá contener ningún pronunciamiento de condena ni absolución del agente llamado mediante intervención provocada si no se ha dirigido la demanda contra el mismo.

Así consta en STS Pleno 409/2021 de 17 junio, STS, Pleno de 9 septiembre 2014, STS 790/2013 de 27 diciembre, STS 656/2013 de 24 octubre y STS Pleno 538/2012 de 26 septiembre.

2. Si el actor no amplía la demanda contra el agente llamado mediante intervención provocada ¿impide que pueda dictarse sentencia que determine su responsabilidad?

No, no lo impide pues, si el actor no dirige la demanda contra el agente llamado por intervención provocada, el fallo de la sentencia no puede ser condenatorio ni la absolución, pero ello no impide que, en dicha sentencia se pueda analizar su responsabilidad y que dicho tercero quede vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia al objeto de que en un juicio posterior no podrán alegar que resultan ajenos a lo ejecutado.

Así lo disponen las sentencias, STS Pleno 409/2021 de 17 junio y STS, Pleno 459/2020 de 28 julio.

3. ¿En qué supuestos es posible que el demandado solicite la intervención provocada de otro agente de la edificación?

Sólo se podrá solicitar en las obras en que sea de aplicación la LOE (art. 2) y además, la acción ejercitada se base en la responsabilidad legal derivada de dicha ley.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

No se admite la intervención provocada en los siguientes supuestos:

- En una obra que no ha sido terminada.
- En una obra con licencia anterior a la entrada en vigor de la LOE.
- En ejercicio de una acción por incumplimiento del contrato.

Muestra de ello, las sentencias STS 510/2014 de 19 enero 2015 y STS 423/2012 de 28 junio.

4. ¿Se puede solicitar la intervención provocada de cualquier agente o sólo los señalados en la LOE?

Sólo los agentes mencionados en la LOE (art. 8 a 16).

No se admite la intervención provocada de un subcontratista (no es un agente de la edificación).

Véase la sentencia STS 510/2014 de 19 enero 2015.

5. ¿La intervención provocada interrumpe el plazo de prescripción del art. 18 LOE?

No, no se interrumpe el plazo de prescripción de dos años establecido en el art. 18 LOE cuando el actor no amplio la demanda frente al tercero.

La razón que se señala en la jurisprudencia es que, dicha intervención es a instancia del demandado, lo que no implica por el perjudicado ningún tipo de reclamación. La excepción es si la acción se dirige contra el promotor, debido a su responsabilidad solidaria.

Mismo en las sentencias, STS Pleno 15 enero 2015, Sentencia AP Cáceres, sección 1ª 195/2020 de 5 marzo y AP Huesca, Sección 1ª 10/2018 de 19 enero.

6. ¿El agente mediante intervención provocada puede impugnar la sentencia?

Si, los terceros llamados mediante intervención provocada pueden formular recurso de apelación pese a no ser demandados porque pueden ser perjudicados por las valoraciones contenidas en el recurso de apelación de las partes litigantes sobre la intervención profesional de los terceros intervinientes en la obra litigiosa.

Por tanto, el agente tercero podría verse perjudicado a efectos de un posterior proceso en el que fuera demandado por acción de repetición.

7. ¿Quién debe abonar las costas de los terceros llamados mediante intervención provocada?

En el tema de las costas hay que diferenciar dos supuestos:

1) Si la actora ha ampliado la demanda contra el tercero: las costas se otorgarán por **el criterio del vencimiento** establecido en el art. 394 LEC pues el tercero es ya parte demandada y con la particularidad, de que si el tercero es absuelto, se pueden imponer las costas del agente demandado que solicitó su intervención (art. 14.5 LEC).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2) Si el demandante no dirige la demanda contra el tercero: No se le pueden imponer las costas a la actora por cuanto, la sentencia no contiene un pronunciamiento sobre la responsabilidad del tercero.

En este caso, ¿quién abona los gastos judiciales? ¿el agente interviniente o el agente demandado que solicitó la intervención del tercero?

Las costas se otorgarán por el **criterio de la justificación de la llamada.**

A saber:

- Si NO se ha acreditado que el tercero tenga responsabilidad en los defectos derivados del proceso constructivo, se entiende que no existe justificación y por tanto, las COSTAS deben ser abonadas por el demandado solicitante de la intervención.
- Si la sentencia determina la existencia de responsabilidad del tercero llamado por intervención provocada, existe justificación y por tanto, será el tercero interviniente el que debe correr con sus propios gastos.

Así rezan las STS 868/2021, 15 diciembre, STS 790/2013 de 27 diciembre, sentencia AP Madrid, sección 14, 251/2020 de 23 julio y AP Sevilla, Secc 8, 151/2020 de 26 mayo.

V. OTRAS CUESTIONES SOBRE LA LOE

1. Plazo de garantía y plazo de ejercicio de la acción

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido la doctrina que señala la distinta naturaleza y significado de los plazos de garantía y de prescripción establecidos en la LOE.

La garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado de los daños causados por una mala construcción. Se regula en el art. 17.1 LOE y se establecen 3 plazos:

1) **Plazo de garantía de diez años o responsabilidad decenal:** únicamente para vicios constructivos que recaigan sobre elementos estructurales del inmueble que afecten a la resistencia y estabilidad del edificio (cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga).
2) **Plazo de garantía de tres años:** aquellos vicios funcionales que afectan a las condiciones de habitabilidad del edificio (higiene, salubridad, ruido, aislamiento térmico).
3) **Plazo de garantía de un año:** son las imperfecciones corrientes y vicios de acabado imputables SOLO AL CONTRATISTA.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

El término no es de prescripción ni de caducidad sino de garantía. Para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de estas.

La prescripción es el plazo de ejercicio de la acción y responde a un presupuesto de accionabilidad para exigir esa responsabilidad anteriormente prevista, de forma que, previamente observados los defectos o vicios constructivos dentro del plazo de garantía, el plazo para exigir la responsabilidad comenzará desde el momento en que se produzcan.

Se regula en el art. 18 LOE donde se señala que, las acciones para exigir responsabilidades prescriben en el plazo de DOS AÑOS a contar desde que se produzcan dichos daños. También la acción de repetición prescribe en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial[19].

Solidaridad propia e impropia

El Tribunal Supremo, Sala Primera ha dictado Sentencia en fecha 16 de Enero de 2015 que fija la doctrina sobre la interpretación del art. 17.3 LOE (ponente Excmo. Sr. Seijas Quintana). Señala que en la LOE la naturaleza de la solidaridad no tiene su origen en la sentencia sino en la ley y por tanto, se diferencia:

- SOLIDARIDAD PROPIA: cuando tiene su origen en la ley.
- SOLIDARIDAD IMPROPIA: cuando tiene su origen en la sentencia.

Estamos pues, ante una solidaridad propia, cuando su origen es la Ley de Ordenación de la Edificación, sin embargo, lo relevante según la doctrina, no es que la solidaridad sea legal sino que sea principal (o inicial, según la denomina la sentencia) para que produzca todos sus efectos frente a la subsidiaria, a la que no se le aplica lo dispuesto en el art. 1974.1 CC en lo referente a la interrupción de la prescripción.

Así, se distinguen diferentes supuestos de interrupción de la prescripción:

La interrupción de la prescripción frente a un agente de la edificación no afecta a los restantes agentes, excepto al promotor.

1) La interrupción frente al promotor no le afecta a los restantes agentes.
2) La interrupción frente a uno de los proyectistas conjuntos, le afecta a los restantes proyectistas.
3) La interrupción frente a uno de los directores de obra conjuntos, le afecta a los restantes directores de obra.

[19] La STS 3503/2023 de 25 julio 2023.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

4) En definitiva, siguiendo la doctrina marcada en la anterior sentencia TS, podemos afirmar que la responsabilidad por vicios y defectos de la construcción de los distintos agentes que intervienen en el proceso constructivo es, por regla general, individualizada, personal y privativa, derivada de la propia culpa de cada uno de ellos en el cumplimiento de sus respectivas funciones señaladas en la propia LOE.

En consecuencia, la solidaridad es una obligación legal (derivada de la ley), si bien, de carácter subsidiario que se establece en la sentencia y por tanto, no se puede invocar antes de la sentencia y la responsabilidad solidaria se convierte en solidaridad impropia.

VI. CONCLUSIONES

El arquitecto técnico tiene las funciones de control, inspección y fiscalización de las obras y existe responsabilidad del arquitecto técnico cuando el defecto o vicio constructivo afecta a toda la obra, como ocurre en el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo 2352/2021 de 17 de junio de 2021, pues afecta a la pavimentación interior de todas las viviendas.

Por otra parte y por aplicación de la Disposición Adicional 7ª de la LOE, el arquitecto técnico o los demás agentes descritos en la citada ley puede actuar en el proceso civil como un tercero interviniente y por tanto, produce los efectos de oponibilidad y ejecutividad que establece la Disposición Adicional 7ª LOE en las acciones internas entre constructora y arquitecto técnico.

Es por ello por lo que, en los procesos constructivos se permite a los demandados instar que la demanda dirigida contra los mismos se le notifique a los restantes agentes que hayan intervenido en el mismo.

A raíz de la Disposición Adicional 7ª LOE, la jurisprudencia del Tribunal Supremo vino desarrollando en numerosas sentencias una doctrina que regula la figura de la "intervención provocada".

Así, se le viene otorgando el carácter de parte demandada sólo si la parte actora dirige la demanda contra dicho tercero y en consecuencia, la sentencia únicamente podrá dictar condena o absolución del tercer agente en dicho caso.

Sin embargo, en la sentencia, se puede determinar la responsabilidad de dicho agente tercero, quedando vinculado para un posterior juicio.

La jurisprudencia, como ya vimos a lo largo de este artículo también vino a complementar otras cuestiones importantes surgidas en este tipo de litigios constructivos, como la diferencia existente entre el plazo de garantía señalado en el artículo 17.1 de la LOE y el plazo de prescripción, la distinción entre solidaridad propia surgida de la ley y la impropia nacida de la sentencia, en fin, nos vino a aclarar y poner orden en la difícil problemática surgida en los litigios constructivos a partir de la Ley de Ordenación de la Edificación de 38/1999 de 5 de noviembre.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

VII. BIBLIOGRAFÍA

Intervención provocada en el juicio ordinario, Edit. Vlex.

La intervención provocada en los procesos sobre vicios constructivos regulada en la D.A. 7 LOE, Félix López Dávila Agüeros, Edit. Sepin.

Defectos en la construcción y acción de responsabilidad, Tania Vázquez Muiña.

Comentario de las Sentencias TS de 16 enero 2015 (274/2015) y de 20 Mayo 2015 (2553/20015). Francisco de P. Blaso Gascó.

STS 3503/2023 de 25 Julio 2023.

STS 4669/2023 de 14 noviembre 2023.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN BAJO LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

M.ª Jesús Berzosa Ríos

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *I. Introducción. II. Marco jurídico. 1. Fundamento constitucional y legal. 2. Características generales. III. La doctrina reciente del Tribunal Supremo. 1. El derecho a la propia imagen. 2. El derecho al honor. 3. El derecho a la intimidad. 4. Conflicto con la libertad de expresión e información. IV. Ámbitos contemporáneos de conflicto. 2. Menores y protección reforzada. 3. Responsabilidad e indemnización. V. Inteligencia Artificial y los derechos de la personalidad. 1. Deepfakes y manipulación digital. 2. IA, reconocimiento facial y privacidad. 3. IA generativa y difamación automatizada. VI. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en relación con el Derecho Penal. 1. Principales delitos vinculados al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 2. La responsabilidad penal y civil derivada. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen están consagrados en el artículo 18.1 de la Constitución Española (CE), que los sitúa como pilares esenciales de la protección de la dignidad humana. Su desarrollo normativo se halla en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En las últimas décadas, la evolución de los medios de comunicación, la expansión de internet y la irrupción de las redes sociales han exigido una interpretación jurisprudencial dinámica, que ha sido consolidada por la doctrina más reciente del Tribunal Supremo. El presente estudio analiza esa evolución, destacando los criterios aplicados en las sentencias más recientes y las nuevas problemáticas derivadas del uso de tecnologías digitales y de la Inteligencia Artificial.

II. MARCO JURÍDICO

1. Fundamento constitucional y legal

El artículo 18 CE establece que: *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.* La Ley Orgánica 1/1982 concreta este mandato constitucional; Así en su artículo 7 enumera las

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

intromisiones ilegítimas y en su artículo 8 prevé los límites cuando concurren intereses prevalentes, como el derecho a la información veraz[1].

Estos derechos, denominados de la personalidad, son irrenunciables, inalienables y se proyectan sobre la esfera moral y privada del individuo[2] Su vulneración genera un daño moral que no precisa prueba específica, bastando la acreditación de la intromisión ilegítima[3].

2. Características generales

El Tribunal Constitucional ha definido estos derechos como autónomos y distintos entre sí[4] aunque muchas veces interrelacionados.

Esta autonomía implica que la vulneración de uno de ellos no presupone necesariamente la lesión de los otros, y que la protección jurídica debe analizarse de forma individualizada, atendiendo al bien jurídico concreto que resulta afectado.

En la STC 231/1988, el Tribunal Constitucional subrayó que el honor se refiere al valor que cada persona tiene ante sí misma (dimensión subjetiva) y ante los demás (dimensión objetiva), constituyendo un límite frente a expresiones que menoscaben injustificadamente la dignidad humana. En consecuencia, la libertad de expresión no ampara insultos, vejaciones ni descalificaciones personales sin relevancia pública, así como manifestaciones que busquen humillar o desprestigiar a alguien sin aportar información o una opinión de interés general.

Por su parte, la intimidad personal y familiar se concibe como el derecho a mantener una esfera de vida privada libre de intromisiones externas, sean de los poderes públicos o de particulares. Su contenido no se agota en la protección del domicilio o los datos personales, sino que abarca todo aquello que el individuo desea preservar del conocimiento ajeno.

La STC 134/1999 de 15 de julio, precisó que la intimidad no se circunscribe a los *secretos personales*, sino que abarca la autodeterminación del individuo para decidir qué parcelas de su vida se hacen públicas y cuáles permanecen reservadas[5].

---

1 Artículos 7 y 8, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

2 ENCABO VERA, M.A.: Los Derechos de la personalidad. Estudios Jurídicos. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2012, ISBN-10 8497689682.

3 STS 446/2023, de 14 de febrero, Recurso 9438/2021. Ponente D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

4 STC 231/1988, de 2 de diciembre, Recurso de Amparo 1247/1986.

5 STC 134/1999 de 15 de julio, Recurso de Amparo 209/1996.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En cuanto al derecho a la propia imagen, el Tribunal Constitucional lo define como la facultad exclusiva de la persona para decidir sobre la captación, reproducción o publicación de su aspecto físico o cualquier otro elemento identificativo de su persona[6].

La imagen no es solo un dato biológico, sino una proyección social de la identidad, por lo que su control constituye una manifestación esencial de la libertad personal.

Nuestra jurisprudencia refiere que estos derechos presentan una estructura común, en el sentido de que son personalísimos, ligados inseparablemente a la persona y no susceptibles de cesión ni transmisión inter vivos. Irrenunciables, no puede renunciar completamente al ser un derecho fundamental como éste, aunque se puede consentir actos que afecten a este derecho (ejemplo autorizar a que se publique una entrevista personal o una fotografía). Son imprescriptibles, pues su vulneración genera efectos mientras subsista el perjuicio. Y son limitables, solo cuando concurren otros derechos constitucionales de igual rango (como la libertad de expresión o el derecho a la información), lo que exige una ponderación casuística.

Esta estructura no comporta que estos derechos garanticen un *derecho a no ser molestado*, sino una protección frente a injerencias que exceden lo socialmente tolerable. Como señaló la STC 14/2003, de 28 de enero, *no toda afectación de la esfera privada constituye una lesión constitucionalmente relevante, sino solo aquella que vulnera el núcleo esencial de la vida personal o familiar.*

Esta delimitación, basada en la proporcionalidad y el contexto, ha permitido al Tribunal Supremo construir una doctrina flexible que se adapta a los cambios sociales y tecnológicos, garantizando una protección efectiva de la dignidad personal en entornos comunicativos y digitales cada vez más invasivos.

No obstante, siempre deberá hacerse un análisis individualizado. La STC 81/2001, de 26 de marzo, y la STC 14/2003, de 28 de enero, destacan que el honor protege la reputación social y la autoestima; la intimidad, la esfera reservada del individuo; y la imagen, la representación externa de la persona.

III. LA DOCTRINA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. El derecho a la propia imagen

El Tribunal Supremo, en su STS 486/2022, de 16 de junio, reafirma que el derecho a la propia imagen otorga a su titular el poder de decidir qué representación gráfica de su persona puede ser difundida[7] Comprende una

[6] STC 81/2001, de 26 de marzo, Recurso de Amparo 922/1998; STC 14/2003, de 28 de enero, Recurso de Amparo 4184/2000.
[7] STS 486/2022, de 16 de junio, recurso 7071/2021, Ponente D. Ignacio Sancho Gargallo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

faceta negativa (impedir la captación o difusión no consentida) y una positiva (autorizar el uso con condiciones).

El consentimiento expreso o tácito constituye el eje de la protección, salvo que concurran las excepciones del artículo 8.2 LO 1/1982, como la relevancia pública del personaje o la información sobre un suceso de interés general.

Un ejemplo paradigmático es la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019, que analizó la publicación por un medio digital de una fotografía obtenida de la cuenta pública de Facebook de una persona implicada en un suceso local[8] Aunque la imagen era accesible en la red, no queda legitimada la utilización de esa imagen en un medio de comunicación si no se cuenta con el consentimiento. Ni siquiera cuando la imagen se pone al servicio de una información noticiable como es la detención y entrada en prisión del sujeto.

2. El derecho al honor

El derecho al honor protege tanto la estimación personal (dimensión subjetiva) como la reputación social (dimensión objetiva). La STS 1181/2010, de 4 de diciembre, precisó que una información puede vulnerar el honor no solo por su falsedad, sino también por su tono vejatorio o innecesariamente lesivo[9].

El Tribunal Supremo ha reiterado que el derecho al honor no impide la crítica pública, pero exige que la información sea veraz, relevante y proporcionada[10]. En la STS 8/2023, de 11 de enero, el Alto Tribunal recordó que la protección del honor no puede suprimir la libertad de expresión, pero sí poner límites cuando se utilizan expresiones insultantes o humillantes sin valor informativo[11].

3. El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad personal y familiar se proyecta sobre la esfera de privacidad del individuo, que no debe quedar expuesta sin consentimiento. La STS 762/2022, de 15 de septiembre, estableció que la difusión de datos médicos o detalles familiares constituye una intromisión ilegítima, aunque la información sea veraz, pudiendo ser constitutivo de delito[12].

La jurisprudencia distingue entre lo privado, lo íntimo y lo meramente público. La notoriedad del sujeto no elimina su derecho a reservar parte de su vida privada.

[8] STS 697/2019, de 19 de diciembre de 2019, recurso 4528/2018. Ponente D. Rafael Sarazá Jimena.
[9] STS 670/2022, de 17 de octubre, recurso 6161/2021, Ponente D. Antonio García Martínez.
[10] STS 170/2020, de 11 de marzo, recurso 1768/2018, Ponente D. Eduardo Baena Ruiz.
[11] STS 8/2023, de 11 de enero, recurso 1187/2019, Ponente D. Antonio García Martínez.
[12] STS 762/2022, de 15 de septiembre, recurso 3294/2020, Ponente D. Javier Hernández García.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

4. Conflicto con la libertad de expresión e información

El Tribunal Supremo aplica el juicio de ponderación constitucional, desarrollado por el Tribunal Constitucional (STC 104/1986, entre otras), valorando, la relevancia pública de la información, la veracidad, el tono empleado, la condición del afectado (persona pública o privada), y la proporcionalidad del medio utilizado.

En la STS 8/2023 se afirma que la libertad de información no ampara el sensacionalismo ni el morbo, y que el derecho a la información debe ejercerse *con respeto a la dignidad de la persona y a su esfera privada*[13].

IV. ÁMBITOS CONTEMPORÁNEOS DE CONFLICTO

1. Redes sociales e internet

La expansión de las redes sociales ha generado nuevas formas de exposición pública. Aunque el contenido se comparta voluntariamente, ello no implica autorización para su reutilización.

El Tribunal Supremo ha determinado que incluso en perfiles públicos se requiere consentimiento para el uso con fines distintos del contexto original.

Además, la capacidad de difusión masiva multiplica el daño moral. Por ello, la jurisprudencia está reconociendo indemnizaciones más altas cuando la intromisión ocurre en entornos digitales de alcance global[14].

2. Menores y protección reforzada

El tratamiento de la imagen y datos de menores exige una protección reforzada. La STC 83/2002 ya estableció que su difusión, incluso con consentimiento de los padres, debe atender al interés superior del menor. La Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia, refuerza esta garantía[15].

La publicación de imágenes de menores en redes sin autorización o con fines comerciales constituye una intromisión ilegítima incluso cuando se difunden por familiares, así la sentencia de 14 de febrero de 2023 recoge qué ocurre cuando un familiar sin el consentimiento del otro progenitor publica imagen del menor. El Tribunal Supremo señala que el derecho a la propia imagen del menor prevalece, y que el consentimiento debe provenir, en principio, de ambos titulares de la patria potestad. La exposición pública del menor en internet

[13] STS 8/2023, de 11 de enero, recurso 1187/2019, Ponente D. Antonio García Martínez.

[14] STS 547/2022, de 2 de junio, recurso 1615/2020 Ponente D. Manuel Marchena Gómez, STS 593/2022 de 18 de julio, Ponente D. José Luis Seoane Spiegelberg

[15] STC 83/2002, de 22 de abril, Recurso de Amparo 182/1998; Ley Orgánica 8/2021.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

puede vulnerar su intimidad e imagen, aunque en dicha sentencia se valoró que no constituían una vulneración a estos derechos[16].

3. Responsabilidad e indemnización

Cuando se declara la intromisión ilegítima, el art. 9 LO 1/1982 impone la cesación, reparación e indemnización del daño. La cuantía se determina en atención a la difusión, gravedad de la lesión y circunstancias del afectado[17].

Por ejemplo, en el caso de la fotografía de Facebook (STS 363/2017 de 15 de febrero), el Supremo redujo la indemnización a 15.000 €, por entender que no se vulneró la intimidad, solo la imagen[18].

V. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El auge de la Inteligencia Artificial (IA) plantea un nuevo escenario de riesgo para los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen.

1. *Deepfakes* y manipulación digital

Las tecnologías de IA generativa permiten crear *deepfakes*, es decir, imágenes o vídeos falsos que reproducen el rostro o la voz de una persona con apariencia real. Este fenómeno vulnera gravemente el derecho a la propia imagen y, en ocasiones, al honor, especialmente cuando se emplea con fines difamatorios o pornográficos[19].

El Tribunal Supremo, aunque aún no ha dictado una sentencia específica sobre *deepfakes*, ha anticipado su posición en resoluciones sobre montajes fotográficos y difusiones digitales, considerando que la alteración o manipulación no consentida constituye intromisión ilegítima en la imagen y el honor.

2. IA, reconocimiento facial y privacidad

El uso de sistemas de reconocimiento facial y vigilancia algorítmica afecta directamente a la intimidad personal. La jurisprudencia europea (STJUE C-184/20) y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establecen que la captación y tratamiento automatizado de rasgos faciales es una forma de tratamiento de datos biométricos sensibles, que solo puede realizarse con consentimiento explícito o por razones de interés público relevante[20].

---

16 STS 249/2023, de 14 de febrero, Recurso 2936/2022 Ponente Doña M.ª Ángeles Parra Lucán.

17 Artículo 9 LO 1/1982.

18 STS 363/2017 de 15 de febrero, recurso 3361/2015 Ponente D. Rafael Sarazá Jimena.

19 TRUJILLO CABRERA, C.: "El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la inteligencia artificial", Revista InDret 1/2024 (año 2024) páginas 74-113.

20 STJUE C-184/20, 11 de noviembre de 2021.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

España ha incorporado estos principios mediante la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que refuerza la tutela frente al uso automatizado de imágenes[21].

3. IA generativa y difamación automatizada

El uso de modelos de lenguaje o IA generativa que atribuyen conductas, opiniones o hechos falsos a una persona real puede vulnerar su honor. Aunque la información sea producida por un sistema automático, la responsabilidad recae en quien la difunde o emplea públicamente, conforme a los principios de la LO 1/1982 y el Código Civil (art. 1902), Artículo 205 y 208 del Código Penal, y la LSSI34/2022 de 11 de julio.

VI. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN EN RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se reconoce en el artículo 18.1 de la Constitución Española, como derechos fundamentales de la persona. Aunque su protección principal se articula a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el Derecho Penal interviene cuando las intromisiones en estos derechos alcanzan una gravedad suficiente para afectar a bienes jurídicos de relevancia pública, constituyendo auténticos ilícitos penales.

El Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que el Derecho Penal cumple una función de ultima ratio, reservándose para los supuestos de ataque grave e intolerable contra la dignidad y la esfera personal del individuo[22].

1. Principales delitos vinculados al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

- **Delitos contra el honor:** Regulados en los arts. 205 a 210 del Código Penal, comprenden las figuras de la calumnia y la injuria. La calumnia (art. 205 CP) consiste en la imputación falsa de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. La injuria (art. 208 CP) incluye expresiones o acciones que lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

[21] Artículos 9, 70 y 71 LO 3/2018.

[22] STS 714/2016, de 26 de septiembre, Sala de lo Penal, recurso 1951/2015, Ponente J. Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- **Delitos de descubrimiento y revelación de secretos:** Tipificados en los arts. 197 a 201 CP, tutelan directamente la intimidad personal y familiar. Incluyen la interceptación de comunicaciones, la difusión de imágenes o datos personales sin consentimiento, y el acceso ilícito a información privada.
- **Delitos relacionados con la propia imagen e integridad moral:** Cuando la exposición pública o la difusión no consentida de imágenes comporta humillación o menosprecio, puede concurrir además un delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP).

2. La responsabilidad penal y civil derivada

Las conductas que vulneran el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen constituyen, como ya se ha expuesto, en muchos casos, delitos tipificados en el Código Penal, como injurias, calumnias o revelación de secretos. Desde una perspectiva penal, su sanción se reserva para supuestos graves, donde se aprecia un atentado objetivo y subjetivo contra la dignidad o privacidad de la persona. Paralelamente, estas conductas generan responsabilidad civil derivada del delito (art. 109 CP), que permite al afectado reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La acción civil puede ejercerse conjuntamente con la penal o de manera independiente, garantizando la reparación efectiva del daño moral o material. De este modo, el ordenamiento jurídico asegura una doble protección: sancionadora y resarcitoria, frente a vulneraciones graves de los derechos de la personalidad.

VII. CONCLUSIÓN

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen siguen siendo un eje esencial de protección de la dignidad humana. La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha reforzado su alcance en el entorno digital, destacando:

1. La autonomía de cada derecho, que requiere análisis independiente.
2. La necesidad de consentimiento expreso para el uso de la imagen o de datos privados, incluso en redes abiertas.
3. El equilibrio mediante ponderación constitucional frente a la libertad de expresión e información.
4. La protección reforzada de los menores y la valoración agravada del daño moral en redes sociales.
5. La emergencia de la IA como nuevo desafío, que exige adaptar los criterios clásicos a fenómenos como *deepfakes*, reconocimiento facial y difamación automatizada.

El futuro próximo requerirá una jurisprudencia adaptativa y posiblemente reformas legislativas para afrontar las nuevas formas de vulneración digital de los derechos de la personalidad.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En relación con nuestro Derecho Penal, decir que, éste actúa como garante último de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 CE, sancionando las conductas que suponen una agresión grave a la dignidad, intimidad o reputación de las personas. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha desarrollado un criterio equilibrado entre la protección de estos derechos y la libertad de expresión e información, recordando que ningún derecho fundamental es absoluto y que su ejercicio debe realizarse dentro de los límites del respeto mutuo y la legalidad penal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ENCABO VERA, M.A. Los Derechos de la personalidad. Estudios Jurídicos. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2012.

GIMENO SENDRA, V. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Editorial Edisofer, 2017

MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. Barcelona. 2020.

QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios a la parte especial del derecho penal. Aranzadi - 9788490985380.

TRUJILLO CABRERA, C. "El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la inteligencia artificial, Revista InDret 1/2024.

Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencias n.º 486/2022, 662/2022, 8/2023, 27 de marzo de 2023.

Tribunal Constitucional, SSTC 81/2001, 14/2003, 83/2002.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia.

Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Constitución Española de 1978.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

LA COMISIÓN DE APERTURA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Pablo López García

Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Sueca (Valencia)

SUMARIO: *I. Introducción. II. Concepto y regulación normativa de la comisión de apertura. 1. Concepto. 2. Regulación normativa de la comisión de apertura. III. La comisión de apertura a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del TS. 1. Sentencia del TS de 23 de enero de 2019. 2. Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020. 3. Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023. 4. Sentencia del TS de 29 de mayo de 2023. 5. Sentencias del TS de 17 de junio de 2025. IV. La comisión de apertura en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales del año 2025. V. Conclusiones. VI. Bibliografía y jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como apunta la doctrina, en los últimos años se han cuestionado gran cantidad de aspectos relacionados con los préstamos y los créditos hipotecarios a través de la litigación en masa[1]. En esencia, se reclamaba que muchos clientes (consumidores) habían sido obligados a asumir determinadas comisiones y gastos no solicitados expresamente, no necesarios o directamente impuestos por las entidades de créditos. En este sentido, son verdaderamente célebres los casos de la nulidad de la cláusula suelo o de los gastos hipotecarios.

Pues bien, entre esas comisiones discutidas por parte de los consumidores, viene destacando desde hace tiempo la comisión de apertura. Tradicionalmente, las entidades financieras han incluido este concepto como parte de los gastos de la operación crediticia, justificándolo por los costes y gestiones administrativas, el estudio de solvencia y las demás actuaciones tramitación inherentes a la operación. Sin embargo, la falta de una regulación normativa clara, la diversidad de criterios en la jurisprudencia y el debate sobre su naturaleza y proporcionalidad propiciaron un intenso conflicto.

Este panorama se ha ido clarificando con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre la cuestión y, posteriormente, con las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, TS) recepcionando la doctrina comunitaria, hasta fijar, a partir del año 2023, los criterios que deben concurrir para declarar la validez de la citada comisión de apertura.

Este trabajo pretende examinar el concepto y regulación normativa de la comisión de apertura, analizar el recorrido realizado por las sentencias del TJUE y de la Sala Primera del TS hasta alcanzar el momento actual, exponiendo la doctrina sobre la validez de la citada comisión y, por último, repasar el estado de la cuestión en

[1] SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B.: El control de la comisión de apertura conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 799, 2023, p. 2972.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales en el año 2025 para concluir si están asumiendo los parámetros establecidos por el TS.

II. CONCEPTO Y REGULACIÓN NORMATIVA DE LA COMISIÓN DE APERTURA

1. Concepto

La comisión de apertura es la retribución económica que percibe la entidad de crédito por las actividades de estudio, preparación y tramitación de un préstamo o crédito hipotecario[2], y que son inherentes y necesarias para su concesión. Se trata, en general, de gestiones administrativas previas a la formalización de la operación solicitada (a título ejemplificativo: el estudio de la viabilidad de la operación, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del inmueble que se pretende adquirir, la preparación de la documentación oportuna, etc.). Según la Sentencia de Sala Primera del TS de 17 de julio de 2025 (Roj: STS 2618/2025), con dicha comisión se pretende remunerar los servicios prestados por el banco relacionados con el estudio, diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario.

Esta comisión consiste normalmente en un porcentaje sobre el importe del dinero prestado. Por poner un ejemplo: si se solicita a una entidad bancaria un préstamo hipotecario de 150.000 euros y cobran una comisión de apertura del 0,5%, esta consistirá en 750 euros, que el prestatario (cliente) pagará al prestamista (banco). Ese porcentaje no está determinado de inicio, sino que depende de la entidad de crédito, de los trabajos que tenga realizar, el tipo de operación solicitada, la relación con el cliente, etc.

2. Regulación normativa de la comisión de apertura

La comisión de apertura tiene un tratamiento normativo diferenciado[3]. Así, conviene traer a colación, y pese a que actualmente se encuentra derogada, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, la "Orden de 5 de mayo de 1994"). En el apartado 4.1 de su Anexo II se regulaba la comisión de apertura de la siguiente manera: *1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará comisión de apertura y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula.*

[2] Aunque la comisión de apertura pueda incluirse tanto en préstamos como en créditos, a partir de ahora se empleará exclusivamente la referencia al préstamo hipotecario por cuestiones de economía del lenguaje (aunque, se insiste, puede incorporarse en ambos tipos de operaciones crediticias).

[3] LÓPEZ SAN LUIS, R.: La comisión de apertura en el contrato de préstamo o crédito hipotecario y su control de abusividad, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 76, núm. 4, 2023, pp. 1493-1497.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

El art. 5 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (en adelante, "Ley 2/2009"), en su redacción original (que tampoco se encuentra vigente en la actualidad), decía: *En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito. Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito.*

El marco legal vigente de la comisión de apertura se contiene en los apartados 3 y 4 del art. 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, la "Ley 5/2019"), a cuyo tenor: *3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.*

Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

Es importante destacar que este último precepto habla de gastos "inherentes" a la actividad del prestamista, ocasionada por la concesión del préstamo, por lo que hay que descartar, dentro de dicha comisión, aquellos gastos no inherentes a tal actividad "ocasionada por la concesión del préstamo".

III. LA COMISIÓN DE APERTURA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TS

1. Sentencia del TS de 23 de enero de 2019

Inicialmente, la Sala Primera del TS, en su Sentencia de 23 de enero de 2019, consideró que no cabía efectuar un control de abusividad sobre la cláusula de la comisión de apertura porque la consideraba, junto con el interés remuneratorio, una partida integrante del precio del préstamo (y no una repercusión de un gasto) y, por tanto, no era posible realizar un control de precios (control de abusividad), siempre que la incorporación de la cláusula en el contrato fuera transparente, en el sentido de poder comprender de manera real y efectiva

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

las consecuencias económicas que suponía para el consumidor (control de transparencia)[4]. Esta Sentencia indicó, así mismo, que el banco no quedaba obligado a demostrar en cada caso la existencia y coste de las actuaciones englobadas por la comisión de apertura para justificar su cobro (muchas de ellas impuestas por la normativa bancaria para evitar el sobreendeudamiento del prestatario). Por tanto, concluyó con que exigir la prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo hubiera constituido un control del precio.

Respecto del control de transparencia, la referida Sentencia afirmó que la regulación normativa que reglamenta dicha comisión estaba destinada a asegurar dicha transparencia, aunque ello tampoco equivalía a que, automáticamente, todas las cláusulas de comisiones de apertura superaran positivamente el control de transparencia.

2. Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020.

Con posterioridad, el TJUE dictó su Sentencia de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578), que resolvió conjuntamente sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, haciendo cambiar de criterio a la Sala Primera del TS[5]. El TJUE determinó que la comisión de apertura no podía considerarse una prestación esencial del préstamo hipotecario; es decir, que no formaba parte del precio del préstamo. Concretamente afirmó que: *las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato.*

Por lo que se refiere al control de transparencia, la Sentencia referida estableció que el juez nacional debe comprobar lo siguiente: *si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.*

[4] LÓPEZ SAN LUIS, R.: "La comisión", 2023, pp. 1502-1509; y SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "El control", 2023, pp. 2977-2978.
[5] LÓPEZ SAN LUIS, R.: "La comisión", pp. 1509-1513.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En relación con el control del contenido, el TJUE declaró que: *una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.*

En definitiva, de conformidad con esta interpretación del TJUE, sí cabía efectuar el control de transparencia y el control de abusividad respecto de la comisión de apertura[6].

3. Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023

Sin embargo, la expresada Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 dio lugar a diversas interpretaciones, motivo por el cual la propia Sala Primera del TS planteó tres cuestiones prejudiciales[7], resueltas por la Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:212) de la siguiente manera[8]:

1º. El TJUE reiteró que la comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato y, por tanto, puede apreciarse su nulidad tanto desde el plano de la transparencia, como desde la abusividad.

2º. Ante la pregunta que la Sala Primera le formuló sobre qué criterios deben seguirse para valorar la transparencia de la cláusula, el TJUE insistió en los razonamientos de su Sentencia 16 de julio de 2020, en el sentido de que la transparencia formal y material compete al juez nacional, el cual debe aplicar los elementos de juicio existentes en cada caso concreto, valorando especialmente la información prestada, la publicidad y el efecto en el consumidor medio, pero no la notoriedad o práctica habitual de la cláusula como elemento relevante. Así mismo, la Sentencia afirmaba que no era posible una declaración jurisprudencial de transparencia generalizada para este tipo de cláusulas

3º. En cuanto a los criterios sobre la proporcionalidad, la Sentencia afirmaba que no cabía efectuar un pronunciamiento uniforme sobre abusividad a la vista de su redacción, sino que debía ser el juez nacional quien efectuara el análisis individualizado de la desproporcionalidad en cada supuesto concreto, para lo que ha de atender especialmente a la existencia de negociación individual y naturaleza de los servicios relacionados con ella. Puede, por ello, declararse su no abusividad salvo que se concluya que los servicios

[6] SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "El control", 2023, pp. 2978-2982.
[7] Al respecto puede leerse a BENDITO CAÑIZARES, M.T.: La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto TS de 10 de septiembre 2021, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2022 [edición digital], que realiza un análisis sobre el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2021, donde se elevaban las referidas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
[8] LÓPEZ SAN LUIS, R.: "La comisión", pp. 1517-1522; SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "El control", 2023, pp. 2983-2989; y SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.: La comisión de apertura en los contratos de préstamo al consumo, *Revista de Derecho vLex*, núm. 228, 2023 [edición digital], p. 14.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

cobrados por la comisión de apertura realmente no obedecieron a la gestión del préstamo; o que el importe fue desproporcionado respecto al importe del préstamo.

4. Sentencia del TS de 29 de mayo de 2023

Como consecuencia de la anterior Sentencia del TJUE, la Sala Primera del TS dictó la Sentencia de 29 de mayo de 2023, recogiendo cuatro pronunciamientos fundamentales, que constituye su doctrina actual en torno a la validez de la comisión de apertura en préstamos hipotecarios[9].

En primer lugar, que no existe una respuesta automática para determinar si la comisión de apertura es válida o no, siendo necesario analizar cada caso de forma individual (por lo que la resolución de la controversia va a ser muy casuística), tal y como se afirma en la Sentencia: *no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.*

En segundo lugar, que la comisión de apertura no es parte del precio del préstamo hipotecario, de modo que su validez debe analizarse desde el prisma de la transparencia, pero también desde el ámbito de la abusividad por desproporción, indiferentemente de que sea o no transparente, según dispone la Sentencia: *la sentencia descarta que la comisión de apertura forme parte del objeto principal del contrato, al mantener un concepto estricto de elemento esencial en el contrato de préstamo, desde el punto de vista del prestatario, y considerar únicamente como tal el interés remuneratorio. Por lo que en este particular nuestra jurisprudencia debe ser modificada, en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, en los términos del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente.*

En tercer lugar, que, en relación con el control de transparencia, deben analizarse los siguientes tres parámetros:

(i) Que la entidad financiera haya cumplido con el deber de información exigido por nuestro derecho nacional (que, en función de la aplicación temporal de las normas, podrá ser la Orden de 5 de mayo de 1994, la Ley 2/2009 o la Ley 5/2019). La comisión de apertura debe cumplir cuatro requisitos para su legalidad: abarcar todos los gastos, abonarse en una única comisión, efectuarse en un único pago y que su forma de pago y devengo esté claramente especificada, sobre lo cual, habrá tenido que informar la entidad financiera al consumidor. Así se establece en la Sentencia: *los requisitos de transparencia de la comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios) eran los*

[9] COUSO PASCUAL, J.R.: El criterio del TJUE sobre la comisión de apertura, *Revista Otrosí*, núm. 1, 2023, p. 103; y LÓPEZ SAN LUIS, R.: "La comisión", pp. 1522-1524; y SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "El control", 2023, pp. 2990-2993.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

siguientes: (i) la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula. Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

(ii) Que el consumidor haya podido comprender, formal y materialmente el servicio que obedece la comisión, para lo cual habrá que atender al lugar donde se ubica la estipulación en el clausulado, su tipo de letra e importancia, y el modo de redacción de la obligación, como consta en la Sentencia: *En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura, sobre dicha base legal de que retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE.*

(iii) Que no haya solapamiento de servicios con otras comisiones, según se indica en la Sentencia: *No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado.*

Y en cuarto lugar, en relación con el control de abusividad, que el importe de la comisión no supere cuantitativamente un 1,50% del capital prestado: *Respecto de la proporcionalidad del importe, con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una comisión de 845 € sobre un capital de 130.000 € sea desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65% del capital. Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

5. Sentencias del TS de 17 de junio de 2025

La Sala Primera del TS dictó dos sentencias el 17 de junio de 2025 (Roj: STS 2618/2025 y Roj: 2619/2025) que son de especial interés por cuanto consolidan su propia doctrina en torno a los criterios para declarar la validez o invalidez de la comisión de apertura, en armonía con la jurisprudencia del TJUE.

El TS repasa el marco normativo aplicable a la comisión de apertura, refiriéndose a la Orden de 5 de mayo de 1994; a la Ley 2/2009; y a la Ley 5/2019.

Además, examina la evolución jurisprudencial tanto nacional como europea en torno a dicha comisión, citando, entre otras, la Sentencia del TS de 23 de enero de 2019 y de 29 de mayo de 2023, así como las Sentencias del TJUE de 16 de julio de 2020 y de 16 de marzo de 2023, posteriormente avalada por la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2025 (ECLI:EU:C:2025:297).

Una vez se parte de que no es posible afirmar categóricamente sobre la validez o invalidez general de la cláusula que establece la comisión de apertura, el TS establece de manera ciertamente didáctica que su análisis debe regirse por una serie de pautas.

En relación con el control de transparencia, deben examinarse los siguientes aspectos:

(i) Cumplimiento normativo: verificar si se respetó la normativa bancaria aplicable en la fecha del contrato.

(ii) Ausencia de duplicidades: comprobar que no ha existido solapamiento de comisiones por un mismo concepto.

(iii) Compresión de la cláusula: evaluar que la comisión de apertura consta expresamente en la escritura pública de manera clara, comprensible y transparente, de modo que el consumidor pueda identificar que se trata de un pago único al inicio de la operación y conocer con facilidad su coste económico.

(iv) Información precontractual: asegurar que el consumidor fue informado, antes de la firma, de las condiciones de la comisión de apertura.

Y en relación con el control de abusividad, deben considerarse los siguientes criterios:

(i) Expresión del coste: el hecho de que la comisión se exprese como un porcentaje no implica un desequilibrio relevante, debiendo el juez valorar si se cumplen los principios de buena fe y proporcionalidad.

(ii) Proporcionalidad del importe: atendiendo a las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste debe situarse entre el 0,25% y el 1,50% del capital prestado.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

IV. LA COMISIÓN DE APERTURA EN LA JURISPRUDENCIA MENOR DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DEL AÑO 2025

A continuación realizaremos un somero repaso de la jurisprudencia menor más reciente (todas las sentencias son del año 2025), donde viene aplicándose la doctrina vigente del TS en materia de validez de la comisión de apertura, para verificar que, en efecto, nuestras Audiencias Provinciales (en adelante, AP) asumen dicha doctrina y aplican los criterios interpretativos establecidos en la misma. En este sentido, interesa destacar que la doctrina ya vaticinó, al momento de dictarse la Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, que la litigación sobre el pretendido carácter abusivo de la comisión de apertura no iba a disminuir, sino que, más bien al contrario, aumentaría, como parece que así está siendo[10].

Así, en la Sentencia de la AP de Álava de 2 de septiembre de 2025 (Roj: SAP VI 910/2025) se declara la nulidad de la cláusula por no superarse el control de transparencia, ya que el banco no entregó información al consumidor sobre la comisión, ni le informó al respecto: *Pese a lo afirmado en la contestación a la demanda, en el supuesto de autos nada consta en la escritura sobre la información precontractual, no consta la oferta vinculante, por tanto, no podemos tener por acreditado que se entregara con tiempo suficiente para su examen y el análisis del contenido y que así la demandante pudiera valorar la carga financiera que representa la cláusula objeto de la demanda y comparar las ofertas del mercado. No consta que se informara al prestatario de su derecho a conocer y entender las condiciones del contrato con suficiente antelación antes de la firma, ni su derecho a examinar el borrador de la escritura tres días antes de su firma. En definitiva, no podemos tener por acreditada la existencia de negociación previa de la cláusula de autos, ni que la entidad demandada cumpliera la obligación de suministrar la información precontractual y personalizada establecida en la Orden de 5 de mayo de 1.994. Con ello, no acreditado el cumplimiento de la obligación de información precontractual que la entidad bancaria ha de facilitar al cliente también en relación con la comisión de modificación de condiciones, para que con suficiente antelación éste pueda comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato, ya implica una evidente falta de transparencia en perjuicio del consumidor, determinante de su nulidad, en cuanto supone una cláusula impuesta que causa un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor.*

En el mismo sentido, la Sentencia de la AP de Ávila de 29 de julio de 2025 (Roj: SAP AV 278/2025), que resuelve un caso donde tampoco se superó el control de transparencia por no informar adecuadamente al cliente sobre las condiciones de la comisión de apertura: *Estamos ante un préstamo hipotecario cuya escritura pública de formalización se refiere de forma específica y separada a la comisión de apertura, cuya cuantía se sitúa en el*

[10] PANTALEÓN PRIETO, F.: La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo: dos vaticinios, *Almacén de Derecho*, 20 de marzo de 2023, en https://almacendederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-dos-vaticinios [edición digital].

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

0,60% del capital prestado. Se trata de una cláusula clara en su redacción y comprensión. Sobre la base legal de que la comisión de apertura retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, resulta claro a cuánto asciende su coste, que se paga de una sola vez y la forma de hacerlo efectivo por la parte prestataria. Del examen de la escritura no resulta que haya solapamiento de comisiones por el mismo concepto. En relación con el cumplimiento del requisito de transparencia, es decir, si el consumidor recibió información puntual y suficiente de la entidad prestamista para tomar conocimiento de los motivos que justifican la retribución que representa la comisión de apertura, aunque en la escritura no se especifiquen los servicios proporcionados, hemos de decir que la entidad demandada no ha aportado ninguna hoja informativa ni oferta vinculante firmada por la parte prestataria que recoja los motivos que justifican la comisión de apertura. Por otra parte, aunque el Notario autorizante da fe de que no existen discrepancias de ningún tipo entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras de la escritura, sin embargo, no constata ni da fe de que el texto proyectado de la escritura estuviere a disposición de la parte prestataria, para su examen, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento, ni de que el prestatario hubiera tenido a su disposición la oferta vinculante, con advertencia del derecho a examinar el proyecto de escritura, lo que nos permite deducir que si bien pudiera haber existido oferta vinculante, lo que no queda acreditado en forma alguna es que la prestataria hubiera tenido acceso y/o conocimiento de su contenido, ni tampoco que la misma y/o el proyecto de escritura le hubiere sido puesto en conocimiento con la más mínima antelación. Lo anterior permite sostener que en este caso no se supera el control de transparencia. Por todo lo expuesto concluimos que la comisión de apertura pactada es abusiva, por lo que el recurso de apelación debe ser desestimado en este punto.

En la Sentencia de la AP de Cuenca de 7 de julio de 2025 (Roj: SAP CU 268/2025) se confirmó la nulidad de la comisión al existir un solapamiento entre la comisión de apertura y una comisión de estudio: *En la Cláusula Cuarta (Comisiones y Compensaciones) figura:*

1.- Comisión de Apertura. En concepto de «Comisión de Apertura» se devengará el 0,750%, por una sola vez, calculada sobre el principal de la operación, liquidándose a la formalización del contrato.

2.- Comisión de estudio.- 0,500%.

Se advierte, sin dificultad, que en el caso que ahora se examina existe solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública consta que por el estudio del préstamo se cobra otra cantidad diferente (0,500%) a la Comisión de Apertura (0,750%), de ahí que en este caso la cláusula controvertida no supera el control de transparencia material por cuanto se cobran dos comisiones por el mismo concepto.

No se ha practicado en el seno del procedimiento más prueba que la documental, lo que evidencia que no se ha acreditado que se haya proporcionado al prestatario/consumidor con anterioridad a la formalización del

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

contrato la información necesaria para comprender el alcance económico y jurídico de ambas cláusulas, siendo por tanto nulas, tal y como consideró la Juzgadora de Instancia, conclusión que es compartida por este Tribunal.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincia de Alicante de 8 de julio de 2025 (Roj: SAP A 1384/2025) no consideró que concurrieran los requisitos de transparencia, al no cumplir con la entidad con el deber de información, pues no le facilitó el borrador de la escritura o la oferta vinculante con la debida antelación: *Desde el punto de vista de la Transparencia: Si bien la comisión figura claramente individualizada en la estipulación Cuarta, indicando la cuantía de la misma, destacada su nomenclatura con negrita y no existe solapamiento con otras comisiones que vengan a abonar servicios de estudio o preparación de la escritura, dado que no se pacta comisión de estudio u otra semejante, sin embargo, no consta que el deudor haya tenido a su disposición el borrador de la escritura los tres días anteriores a su firma, sin que se consigne que se haya renunciado expresamente a dicho derecho. Además, no consta que la oferta vinculante se le entregara con suficiente antelación, con lo que no consta que la entidad financiera hubiere complido con su obligación de informar con la debida anticipación al deudor de las condiciones pactadas, ni que le hubiere entregado previamente el libro de tarifas, con lo que no cumplió suficientemente con el deber de información que exige la Sala I en los términos descritos a lo largo de este fundamento, lo que impide concluir que el juicio de transparencia haya sido superado de cara al apelado en este supuesto concreto. Abusividad: La antedicha razón exime entrar a valorar el juicio de abusividad en cuanto a la cuantía, al declararse la nulidad por falta de transparencia.*

En la Sentencia de la AP de León de 4 de julio de 2025 (Roj: SAP LE 1265/2025), con cita de la doctrina del TS de sus recientes sentencias de 17 de junio de 2025, declaró la validez de una comisión de apertura, cuya nulidad se había acordado en la instancia: *Se cumplen los parámetros 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994. Consta la entrega a los acreditados de un ejemplar de las tarifas de comisiones, el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante y el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, con anterioridad al otorgamiento. La cláusula es clara, comprensible y debidamente resaltada. El consumidor pudo entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura. No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto. Y el coste, del 1 % para un capital prestado de 80.000 euros, se halla dentro de los parámetros estadísticos para comisiones de apertura en operaciones similares, por lo que no se considera desproporcionada.*

No advertimos, por tanto, la concurrencia de abusividad en cuanto a la transparencia, ni por el hecho de que no se hayan acreditado las actuaciones previas a la concesión del préstamo, y en cuanto a la proporcionalidad, al encontrarse la comisión dentro del coste medio en relación con los importes habituales de las comisiones de apertura, necesariamente se ha de llegar a la convicción de que la cláusula de comisión de apertura del contrato que nos ocupa, no puede considerarse nula por abusiva.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En la Sentencia de la AP de Almería de 29 de julio de 2025 (Roj: SAP AL 1280/2025) se aplicó expresamente la doctrina de las Sentencia del TS de 17 de junio de 2025, y concluyó con que, en el caso resuelto, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva, al cumplir todos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial: *En la escritura objeto del presente caso se recoge la comisión de apertura en la cláusula Quinta, con el siguiente tenor: «Se devengará a favor de la Caja, por una sola vez, una comisión de apertura del 0,50 por cien sobre el nominal del préstamo, con un mínimo de 300,00 EUROS, que será adeudada en la cuenta del préstamo y, en la misma fecha de su abono».*

Consideramos al albur de la citada jurisprudencia que dicha cláusula cumple los requisitos de transparencia de la comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios), esto es: la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; dicha comisión se devengaría de una sola vez; y su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula. Efectivamente, la cláusula controvertida recogía todos los gastos inherentes a la concesión del préstamo, fue abonada en una sola vez, se identificó expresamente como comisión de apertura y se determinaba en la cláusula la forma y tiempo de pago de la referida comisión. Además, el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que las cláusulas de la escritura fueron leídas y explicadas por el notario a la parte prestataria, poniendo a disposición de ésta el proyecto de escritura tres días antes del otorgamiento. En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura, sobre la citada base legal de que retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están destacados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial, tal y como se efectuó. Y en cuanto a lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En cuanto a la proporcionalidad, ya hemos visto que el TJUE no pone reparos a que consista en un porcentaje y el del 0,50% del capital estaba dentro de los parámetros estadísticos para comisiones de apertura en operaciones similares en esas mismas fechas.

Así mismo, en la Sentencia de la AP de Girona de 15 de septiembre de 2025 (Roj: SAP GI 2013/2025) se declaró la nulidad de la cláusula por establecer una comisión del 1,99% y, por tanto, no superar el control de abusividad: *Aplicado al caso presente se constata respecto del préstamo que la cláusula cuarta establece una comisión de apertura de importe 184.000 ptas., por lo que la cláusula que fija la comisión por apertura su redactado es claro y fácilmente comprensible. Fija claramente cuál es su importe y cuando se debe abonar que es lo es a dicho acto No existe un solapamiento de comisiones , de forma que haya alguna otra cláusula relativa a comisiones que respondan a la tramitación, gestión o concesión del crédito ya que las demás comisiones obedecen a conceptos distintos Sin embargo sí que se aprecia que existe un desequilibrio en perjuicio del consumidor, siguiendo los criterios de las sentencias del Tribunal Supremo , ya que la comisión excede del 1,50% del capital prestado que lo es de 9.210.000 ptes y en consecuencia excede de los parámetros máximos fijados por el Tribunal Supremo a los efectos de determinar si se produce al consumidor un desequilibrio importante (entre 0'25% y 1'50%). Por consiguiente en atención a lo expuesto deberemos de mantener la declaración de nulidad de la sentencia de Instancia y en consecuencia a la desestimación de este motivo del recurso.*

La Sentencia de la AP de Albacete de 10 de julio de 2025 (Roj: SAP AB 524/2025), por su parte, declaró que la comisión de apertura en el caso sometido a examen era transparente y no abusiva (0,60 %): *En el presente caso comprobamos que: a) La cláusula es fácilmente entendible para el prestatario-consumidor pues figura en la escritura de forma individualizada en relación con otras condiciones (e incluso en relación con otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial. b) No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto ya que no consta que, por el estudio y concesión del préstamo, se cobrara otra cantidad diferente. Es más, en la escritura figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, como son la comisión de subrogación por cambio de deudor o por reclamación de posiciones deudoras; c) Su coste del 0,60 % sobre el capital prestado resulta proporcionado, comparando el mismo con el coste medio de comisiones de apertura en España (que oscila entre 0'25% y 1'50%). d) Su importe es perfectamente determinable mediante una simple operación matemática y su forma y fecha de liquidación queda expresado en la propia cláusula.*

La Sentencia de la AP de Burgos de 31 de julio de 2025 (Roj: SAP BU 609/2025), en cambio, declaró la nulidad de la cláusula por falta de proporcionalidad (la comisión se situaba en un 2% del capital prestado): *En el caso de autos, la Comisión de Apertura se establece en la Cláusula Financiera «Cuarta.- Comisiones y coste efectivo de la operación.- A) Comisiones.- a) Comisión de apertura. El presente préstamo devengara a favor de U.C.I. y a cargo*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

del prestatario, en concepto de comisión de apertura del mismo un importe de doscientas ochenta y cuatro mil pesetas (equivalente a 1711,68 €).

La comisión de Apertura, cuya nulidad es objeto del presente recurso, cumple los requisitos de transparencia que exigía la normativa bancaria vigente en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de Mayo de 1994): […].

La comisión de apertura puede ser objeto de control de contenido (abusividad), aunque sea transparente. Atendiendo a los parámetros considerados por el Tribunal Supremo para valorar la proporcionalidad: «Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%». No se puede considerar que la cláusula de autos cumpla el requisito de la proporcionalidad, ya que el importe de la comisión de apertura corresponde al 2 % del importe del préstamo […](14.240.000 pesetas), excediendo manifiestamente del coste medio del mercado.

En la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de julio de 2025 (Roj: SAP TF 1156/2025) se determinó la validez de la cláusula por concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TS para ello, tanto en lo relativo a la transparencia como en la abusividad: *Examinada la cláusula litigiosa a la luz de los criterios que se han expuesto «ut supra», la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2006 recoge, de modo expreso y claro, en la estipulación CUARTA (titulada «COMISIONES»), párrafo primero, referido a la comisión de apertura, que «Esta operación devengará una comisión de apertura del UNO COMA TREINTA POR CIENTO (1,30%), sobre el importe total del capital del préstamo concedido, a cobrar de una sola vez en el acto de otorgamiento de esta escritura». Y a diferencia de lo apreciado en la sentencia recurrida, se considera en esta alzada que la controvertida cláusula cumple con todos los requisitos necesarios de transparencia para que los actores apelados, en cuanto consumidores, tomen conocimiento de ella y puedan apreciar su fundamento, los gastos o gestiones que retribuye y su efecto económico; de este modo, dado el coste medio de las comisiones de apertura aplicadas en España, entre el 0,25% y el 1,50%, la aplicada en un porcentaje del 1,30% del capital del préstamo concedido -89.000 euros- debe reputarse proporcionada en su importe (1.157 euros), por lo que debe dejarse sin efecto la declaración de nulidad de la misma y los correspondientes efectos a ello anudados.*

La Sentencia de la AP de Badajoz de 3 de septiembre de 2025 (Roj: SAP BA 1192/2025) entendió que la comisión de apertura no era abusiva por constituir un 0,75% del importe del préstamo: *En el caso de autos, resultó incontrovertido que el día 2 de septiembre de 2016, D. Lázaro como prestatario, concertó con Ibercaja Banco SA en calidad de prestamista, un préstamo hipotecario por un capital de 30.000 euros. La condición general que regulaba la «Comisión de apertura» que era del siguiente tenor: «el préstamo concedido devengará a favor del Banco una comisión por 225 euros, pagadera una sola vez, a la formalización del préstamo hipotecario sin necesidad de aviso ni reclamación». […] Lo anterior es trasladable al caso de autos. Se cumplen los criterios de*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

validez. Además, la suma abonada resulta proporcionada (075% sobre el capital total del préstamo) pues según tenemos establecido (Sentencias de 17 de julio de 2023 y de 1 de febrero de 2024), entre otras, las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España, accesibles en internet, oscila entre 0,25% y 1,50%. Por lo expuesto, estimamos el recurso.

En la Sentencia de la AP de Granada de 8 de julio de 202 (Roj: SAP GR 1606/2025) se revocaba la sentencia de instancia y se declaró la validez de la comisión de apertura al cumplir los requisitos de transparencia y proporcionalidad establecidos por la Sala Primera del TS: *Pues bien, debemos atender si en el caso de autos se cumplen dichos requisitos exigidos por la Orden de 5 de Mayo de 1994, vigente en la fecha del contrato. […]. En cuanto al requisito de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados para cuya retribución se ha fijado la comisión apertura (gastos de estudio, preparación y concesión del préstamo), en el caso de autos, al igual que en el caso examinado por el Tribunal Supremo en la sentencia antes referida, la cláusula relativa a la comisión de apertura figura claramente en la cláusula cuarta de la escritura pública […]. Individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones, como las de subrogación, reembolso anticipado, modificación de condiciones, reclamación de posiciones deudoras, certificación de saldo, cancelación, subrogación acreedora), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial consistente en 0,9 por ciento del principal.*

En la Sentencia de la AP de A Coruña de 5 de marzo de 2025 (Roj: SAP C 661/2025) se aprecia la nulidad por abusividad de una comisión de apertura en un crédito hipotecario que supuso un 6,25% del importe prestado: *No se advierte que pudiera ser dudoso que la prestataria no estuviera en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que para ella se derivaban de estas cláusulas, al detallarse en términos claros, mediante indicación del porcentaje (respectivamente, 0,75% y 2%) que representaba sobre el capital del préstamo (o de la ampliación), el mínimo y su devengo. El entendimiento que un consumidor medio razonablemente atento y perspicaz normalmente tiene de la función de una comisión de esta naturaleza, y de los servicios de estudio, concesión y tramitación a que responde, según la información que la predisponente le proporciona, no quedó en este caso distorsionado por el solapamiento con otras comisiones. Del examen de las escrituras no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad (en el caso de la escritura de 30 de marzo de 2013 se recoge expresamente como comisión de estudio un 0%).*

Y las demás comisiones que figuran en la escritura se refieren a conceptos claramente diferenciados. En el caso de la primera escritura (y de la segunda, por remisión a la cláusula de aquella), de reembolso anticipado, por modificación contractual o de garantías, por reclamación de posiciones deudoras. En el caso de la tercera escritura, de subrogación por un tercero, de modificación de las condiciones financieras o prestación o

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

modificación de las garantías, de las novaciones modificativas del préstamo acogidas a la Ley 9/94, por posición deudora, de amortización parcial o total anticipada, de subrogación por otra entidad

No hay en este caso motivos que, particularmente, excluyan la efectiva prestación de los servicios proporcionados por la prestamista como contrapartida de la comisión de apertura en el ámbito de la gestión y el desembolso del préstamo, de acuerdo con la regulada en la OM de 5 de mayo de 1994.

3.3.-No cabe afirmar, que una comisión de un 0,75% (675 euros) sobre el principal del préstamo de 90.000 euros, que la prestataria se comprometió a devolver en veinticinco años (trescientos meses), resultaba manifiesta e inexplicadamente desproporcionada a la vista del importe del préstamo, y que, conforme recoge el Tribunal Supremo, las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España oscilan entre 0,25% y 1,50%. Ni tampoco la comisión de igual porcentaje (262,50 euros) sobre un importe de ampliación de 35.000 euros. No cabe pues concluir que las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario suscrito en fecha 25 de agosto de 2003 y de la escritura de ampliación de fecha 6 de junio de 2007 incidan negativamente en la posición jurídica en la que nuestro Derecho sitúa al consumidor.

Sin embargo, la comisión de 600 euros, que supone un 6,25% sobre un importe del préstamo de 9.600 euros, debe reputarse desproporcionada por exceder del coste medio más alto, sin que, de hecho, la recurrente haya ofrecido motivo alguno que justifique un coste tan elevado. En consecuencia, con todo ello, el recurso debe ser estimado sólo en relación a la nulidad de la comisión de apertura de la tercera escritura de préstamo hipotecario, y la consiguiente acción restitutoria.

Por último, merece la pena destacar el caso de la Sentencia de la AP de Asturias de 25 de julio de 2025 (Roj: SAP O 2800/2025), en el cual, si bien se siguen los criterios de la Sala Primera del TS, sin embargo se ha incorporado uno no estipulado expresamente y que pudiera resultar polémico: la comisión es abusiva si supera los 1.000 euros, con independencia del porcentaje que suponga respecto del capital prestado. Según esta Sentencia: *La cláusula financiera cuarta apartado A) objeto de enjuiciamiento contenida en la escritura de 22 de abril de 2004 establece que la presente operación de préstamo devenga de una sola vez una comisión de apertura de 900 euros pagadera por la parte prestataria en este acto. […] Es así, que en el presente al igual que en el caso examinado por el TS, la cláusula aquí controvertida figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado en una cantidad, y además, los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha. Por lo que con ello, el control de transparencia en este caso, se entiende superado.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Siendo transparente, procede analizar si la misma es o no abusiva. […] A la vista de tal resolución en el Pleno no jurisdiccional de los magistrados de las secciones civiles de esta Audiencia Provincial de 8 de junio de 2023, se ha alcanzado por unanimidad el siguiente Acuerdo: «Al analizarlas acciones antedichas y dilucidar la validez o invalidez de las citadas comisiones, se seguirá las pautas sentadas en la STS 816/2023 de 29 de mayo, en interpretación de la STJUE de 16 de marzo de 2023, respecto de la aplicación a las comisiones de los controles de incorporación, transparencia y de contenido, con la precisión en este último de que al valorar la proporcionalidad del importe de la comisión se tendrá como proporcional una comisión cuyo montante oscile entre el 0,25% y el 1,50% del capital del préstamo con un límite cuantitativo de 1.000 euros». Hay que tener en cuenta que los Magistrados de dicha Audiencia adoptaron un acuerdo no jurisdiccional el 8 de junio de 2023 por el que, en relación con la comisión de apertura, seguirían la doctrina de la precitada STS y, en el ámbito de la abusividad, establecieron un límite cuantitativo de 1.000 euros (por lo que cualquier comisión que exceda de dicha cantidad deviene nula, con los efectos ex nunc de dicha nulidad). […] Pues bien, aplicando las anteriores pautas al caso aquí examinado, estamos ante dos comisiones de apertura cuyos importes ascienden a 1.021,72 euros y 1.620 euros, lo que, conforme al acuerdo de la Audiencia Provincial de 8 de junio, lleva a concluir que la comisión litigiosa resulta claramente desproporcionada, generadora de un desequilibrio en perjuicio del consumidor y, por ende, abusiva.

En resumen, a la vista del análisis realizado sobre la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales del año 2025, se puede afirmar que estos órganos jurisdiccionales vienen aplicando los criterios establecidos por la Sentencia del TS de 29 de mayo de 2023, y ratificados por las Sentencias del TS de 17 de junio de 2025 (a salvo de la AP de Asturias), sin perjuicio de que, debiéndose analizar caso por caso la validez de la comisión de apertura, resulta complicando que descienda la litigiosidad en este concreto ámbito.

V. CONCLUSIONES

1º. La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios ha sido objeto de intenso debate por su falta de regulación clara y la diversidad de criterios jurisprudenciales, generando conflictos entre consumidores y entidades financieras.

2º. El marco legal sobre la comisión de apertura se conforma en la actualidad por los apartados 3 y 4 del art. 14 de la Ley 5/2019. Anteriormente se aplicaban la Orden de 5 de mayo de 1994 y el art. 5 de la Ley 2/2009, hoy derogados.

3º. Inicialmente la Sala Primera consideró que la comisión de apertura formaba parte del precio del préstamo y, por ello, no podía someterse a control de abusividad siempre que la cláusula fuera transparente (Sentencia del TS de 23 de enero de 2019). Posteriormente, el TJUE corrigió al TS al declarar que la comisión de apertura no era un elemento esencial del préstamo, por lo que sí podía ser sometida al control

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de transparencia y de abusividad (Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020). Más tarde, el TJUE reafirmó que la comisión de apertura podía ser controlada por transparencia y abusividad, y que no cabía declarar su transparencia o validez de forma general; estableciendo que el análisis debe ser individualizado, atendiendo a la información ofrecida, la ausencia de negociación y la proporcionalidad entre servicios prestados y la cuantía cobrada (Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023). Finalmente, la Sala Primera asumió la doctrina comunitaria y, si bien anticipó que no existía una respuesta automática sobre la validez de la comisión de apertura, fijó los criterios para el control de transparencia (información suministrada, comprensión real del servicio y ausencia de solapamientos) y para el control de abusividad, considerando proporcionadas las comisiones inferiores al 1,50% del capital prestado (Sentencias del TS de 23 de enero de 2019 y de 17 de junio de 2025).

4º. Tras realizar un examen de las sentencias de la Audiencias Provinciales del año 2025, es posible señalar que, con carácter general, estos órganos jurisdiccionales acatan los criterios de la Sala Primera (Sentencias del TS de 23 de enero de 2019 y de 17 de junio de 2025), sin perjuicio de que la litigiosidad en esta materia sigue viva, habida cuenta de que el propio TS advirtió que debe analizarse la comisión de apertura caso por caso para verificar la validez de la cláusula, motivo por el cual existe mucha casuística en la jurisprudencia menor española.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

BENDITO CAÑIZARES, M.T.: La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto TS de 10 de septiembre 2021, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2022 [edición digital].

COUSO PASCUAL, J.R.: El criterio del TJUE sobre la comisión de apertura, *Revista Otrosí*, núm. 1, 2023, pp. 102-103.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: La comisión de apertura en el contrato de préstamo o crédito hipotecario y su control de abusividad, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 76, núm. 4, 2023, pp. 1489-1530.

PANTALEÓN PRIETO, F.: La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo: dos vaticinios, *Almacén de Derecho*, 20 de marzo de 2023, en https://almacendederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-dos-vaticinios [edición digital].

SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B.: El control de la comisión de apertura conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 799, 2023, p. 2971 -3002.

SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.: La comisión de apertura en los contratos de préstamo al consumo, *Revista de Derecho vLex*, núm. 228, 2023 [edición digital].

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Sentencia del TS de 23 de enero de 2019.

Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020.

Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023.

Sentencia del TS de 29 de mayo de 2023.

Sentencia del TS de 17 de junio de 2025.

Sentencia de la AP de Álava de 2 de septiembre de 2025 (Roj: SAP VI 910/2025).

Sentencia de la AP de Ávila de 29 de julio de 2025 (Roj: SAP AV 278/2025).

Sentencia de la AP de Cuenca de 7 de julio de 2025 (Roj: SAP CU 268/2025).

Sentencia de la Audiencia Provincia de Alacant/Alicante de 8 de julio de 2025 (Roj: SAP A 1384/2025).

Sentencia de la AP de León de 4 de julio de 2025 (Roj: SAP LE 1265/2025).

Sentencia de la AP de Almería de 29 de julio de 2025 (Roj: SAP AL 1280/2025).

Sentencia de la AP de Girona de 15 de septiembre de 2025 (Roj: SAP GI 2013/2025).

Sentencia de la AP de Albacete de 10 de julio de 2025 (Roj: SAP AB 524/2025).

Sentencia de la AP de Burgos de 31 de julio de 2025 (Roj: SAP BU 609/2025).

Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de julio de 2025 (Roj: SAP TF 1156/2025).

Sentencia de la AP de Badajoz de 3 de septiembre de 2025 (Roj: SAP BA 1192/2025).

Sentencia de la AP de Granada de 8 de julio de 202 (Roj: SAP GR 1606/2025).

Sentencia de la AP de A Coruña de 5 de marzo de 2025 (Roj: SAP C 661/2025).

Sentencia de la AP de Asturias de 25 de julio de 2025 (Roj: SAP O 2800/2025).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

EL ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA I, 942/2025 DE 12 DE JUNIO

Pedro Macías Montes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

SUMARIO: *I. Controversia suscitada. II. Iter procesal (la rebeldía procesal). III. Carga de la Prueba y Error en la Valoración de la Prueba. IV. Acción reivindicatoria de dominio: breves pinceladas. V. Conclusiones*

I. CONTROVERSIA SUSCITADA

En la Sentencia 942/2025, de 12 de junio, la Sala I del Tribunal Supremo[1], acerca de una controversia motivada por el ejercicio de la acción reivindicatoria de dominio por parte de unos demandantes (madre e hijo), para recuperar la posesión de un bien inmueble (vivienda) por parte del demandado; ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos o conceptos propios de derecho sustantivo o material y de derecho procesal o adjetivo, siendo éstos de mayor relevancia y sobre los que descansa la función interpretadora llevada a cabo por la Sala I.

La Sentencia nº 942/2025, de 12 de junio, resolvió en sentido desestimatorio sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por el demandado frente a la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial, confirmándola íntegramente. En el recurso de casación, la Sala I, partiendo de los presupuestos o requisitos reconocidos doctrinalmente para el ejercicio de la acción reivindicatoria del dominio, considera acreditado con la prueba practicada que el demandado se encuentra en la posesión ilícita de la vivienda, desvirtuando la ausencia de legitimación pasiva aducida por el demandado. Con el recurso extraordinario por infracción procesal, en cambio, la Sala I, se pronunció sobre conceptos adjetivos habituales en la práctica forense tales como "rebeldía", "legitimación *ad causam*", "prueba", y sobre todo el concepto del "error en la valoración de la prueba" repasando las líneas básicas de la doctrina jurisprudencial sobre la misma con cita del Acuerdo no jurisdiccional de 27 de enero de 2.017 y la STS. nº. 925/2023, de 23 de junio. Matizando que para que pueda prosperar la alegación de este concepto en el recurso extraordinario, es preciso que se trate de un error patente, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales e incompatible con la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba. Concluirá, que el demandado no concreta la existencia de un error patente verificable de la actuación judicial, sino que pretende desarticular la valoración conjunta que de la prueba practicada realiza

[1] STS. 1ª, nº. 942/2025, de 12 de junio, Rc. 1886/2020.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

el tribunal *ad quem*, lo cual no tiene cabida en el motivo alegado. Finalmente, la Sala I, concluyó, que no hay error en la valoración de la prueba y que de la prueba practicada puede llegarse a la convicción lógica de no ser el demandado un extraño a la relación procesal, confirmando su legitimación *ad causam*.

En definitiva, la Sentencia nº. 942/2025, de 12 de junio, considera que el demandado goza de legitimación *ad causam* y material, partiendo de la valoración de la prueba practicada que lleva a esa inferencia lógica. De ahí que, aunque no se mencione en la sentencia haya de tenerse en cuenta el concepto de las presunciones judiciales previsto en el art. 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), pues la relación fáctica del demandado sobre la cosa se deduce de la prueba practicada.

II. ITER PROCESAL

Los demandantes, hijo y madre respectivamente, interpusieron demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción reivindicatoria del dominio con apoyo en lo dispuesto en el art. 348.2 del Código civil, para solicitar la siguiente tutela jurisdiccional concreta:

- La declaración de ser el bien inmueble (vivienda), inscrita en el Registro de la Propiedad, de su legítima propiedad.
- La declaración del acto de inquietación o despojo del demandado de haber invadido y ocupado sin título legítimo la finca, despojando de ella a los demandantes.
- La condena, en consecuencia, del demandado a devolver el pleno dominio y disfrute de la vivienda con abstención de realizar en el futuro acto de perturbación o intromisión.

Es de mencionar, que los demandantes ignoraban la relación que podía tener el demandado (ocupante en 2.017) con los anteriores poseedores no propietarios de la vivienda, por cuanto que (y así lo recoge la sentencia en su resumen de antecedentes), la vivienda fue adquirida por la demandante y su marido mediante contrato privado de compraventa en agosto de 1.973 y elevado a pública escritura en octubre de 2.003. En octubre de 2.004, el marido de la demandante, interpuso denuncia por usurpación de la vivienda frente a la entonces ocupante, la cual, mediante contrato de arrendamiento, resultó ser arrendataria estipulándose en dicho contrato la posibilidad de que el marido de la demandante reclamara judicialmente la entrega de la vivienda.

Repartida la demanda, al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería, admitida a trámite, incoó autos de juicio ordinario emplazando al demandado para contestar a la demanda.

El demandado, fue emplazado en el domicilio designado en la demanda sin éxito. Efectuada averiguación domiciliaria por el Juzgado, se emplazó en un segundo domicilio con análogo resultado, aunque al parecer

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

figuraba en el buzón del primer domicilio en que fue emplazado. No contestando a la demanda, ni compareciendo en autos, fue declarado en situación de rebeldía procesal, mediante diligencia de ordenación.

El Juzgado, dictó Sentencia definitiva en la primera instancia, nº. 279/2017, de 21 de diciembre, estimando la demanda interpuesta, y en consecuencia declarando el derecho de propiedad de los demandantes sobre la finca y la posesión sin título del demandado, condenándole a devolver la finca a los demandantes y abstenerse de realizar acto de perturbación en el futuro. La sentencia de instancia razonó diciendo que no fue objeto de controversia el título de propiedad aducido por los demandantes, el bien inmueble objeto de reivindicación está perfectamente identificado, y se acreditaba la posesión del demandado por el hecho de su incomparecencia en autos sin negarla.

La sentencia fue notificada personalmente al demandado, quien, interpuso recurso de apelación no negando el derecho de propiedad de los demandantes sobre la finca; más alegando falta de legitimación pasiva por no haber poseído ni ocupado la vivienda siendo ajeno a la relación jurídico material dirimida en autos.

La Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de Almería, dictó Sentencia nº 729/2019, de 30 de octubre, desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia de instancia. La sentencia de apelación, razonó mediante la aplicación de presunciones judiciales a partir de lo indicios fácticos acreditados, estableciendo que: *(…) es evidente que ha mantenido relación personal con quien parece se identifica como titular del inmueble, como poseedor por causa de su hermano, no descartándose relación de amistad o parentesco, como se apunta por la parte por las razones expuestas de abono de gastos de sepelio, cuyos apellidos coinciden en parte con quien dijo ser dueño del inmueble en la denuncia formulada. (…) Todos estos datos son indicios de que el demandado tienen legitimación pasiva ad causam.*

El demandado interpuso frente a la sentencia dictada en grado de apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación; pero, antes de continuar, es preciso hacer un breve inciso, dada la situación procesal en la que se encontró el demandado en la fase declarativa, al siguiente concepto:

Rebeldía procesal

La regulación que establece la LEC acerca de la situación procesal de rebeldía, en contraste con otros ordenamientos extranjeros, permite considerar esta institución en el ordenamiento jurídico español, no concebida en atención al elemento objetivo de la incomparecencia, sino al subjetivo de la voluntariedad (S. 17-2-41), por lo que la rebeldía no implica conformidad con las pretensiones de la parte contraria ni con las resoluciones judiciales que en la misma recaigan (S. 26-6-46), por lo que, a pesar de la rebeldía del demandado, subsiste en el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión que le viene impuesta por el art. 217 de la LEC (SSTS 27-11-1887, 4-5-09, 16-6-78, 29-3-80), y los tribunales han de resolver lo que estimen justo por el resultado de los autos. ***Ni implica tampoco confesión o allanamiento*** frente a los mismos, ni en

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

modo alguno limita la facultad del Juez o Tribunal de resolver en función de lo alegado y probado por las partes pudiendo incluso absolver al demandado sin incurrir en incongruencia, si bien es cierto que éste no podrá utilizar excepciones tardíamente alegadas, ni suscitar cuestiones distintas de las planteadas en la demanda, por lo que, si bien le cabe negar los hechos constitutivos de la pretensión actora y acreditar su realidad o inexistencia, no le es posible alegar válidamente hechos nuevos impeditivos, obstativos o extintivos, ni plantear excepciones dilatorias o perentorias, sin causar indefensión a la parte actora (STS 24/1/2001 y 4/6/1998, respectivamente). Indicando el artículo 499 de la LEC, que cualquiera que sea el estado del proceso en que el demandado rebelde comparezca, se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso, intensificándose con ello la regla de la preclusión de los plazos y términos procesales, perdiendo el rebelde la posibilidad de intervenir en aquellos actos procesales producidos o realizados durante ellos, sin perjuicio evidentemente, de lo dispuesto para la segunda instancia, conforme con el artículo 460 de la LEC.

Coherentemente con lo anterior expuesto la Sentencia nº. 942/2025, concluiría en su F.J. 3º, que el demandado al negar el hecho de la posesión, no le bastaba con la mera negación, sino que debía aportar los elementos necesarios para conocer la participación de los distintos intervinientes y su relación con los hechos.

III. CARGA DE LA PRUEBA y ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El demandado interpuso recurso extraordinario de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, con base en tres motivos, que al versar sobre la posesión ilícita del bien inmueble por su parte, fueron analizados conjuntamente por la Sala I. Así:

1) Valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del art. 281 de la LEC, en tanto que los demandantes no acreditan la posesión del demandado sobre la cosa. Acreditan la posesión de la que trajo causa el hermano difunto del demandado, sin que el hecho que el demandado abonara sus gastos de sepelio implique que haya vivido u ocupado la vivienda.

2) Valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del art. 10 de la LEC. No puede considerarse acreditada la posesión injusta por el hecho de afirmarlo los actores y la incomparecencia en autos del demandado rebelde.

3) Valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del art. 217 de la LEC. Al no existir prueba de actos de negación del título de los demandantes.

Llegados a este punto, es preciso hacer mención a los conceptos de “prueba” y “legitimación”, pues precisamente de los motivos alegados como también se reproducirá en el recurso de casación, se viene a

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

concluir en definitiva que es un extraño a la relación jurídico material derivada de la supuesta posesión ilícita que tendría el hermano fallecido.

La legitimación

Como presupuesto procesal subjetivo referido a las partes de proceso, establece el art. 10 de la LEC, que *serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.* El precepto invocado, hace referencia a la legitimación propia u ordinaria, en virtud de la cual la parte que actúa en el proceso lo hace por un derecho o relación jurídica de la que es titular; esto es, los que pueden pedir y obtener la concreta tutela jurídica que constituye el objeto del proceso no se refiere a cualquier derecho o relación jurídica, sino que ha de referirse a los derechos e intereses legítimos de los que dicho particular es titular. La doctrina procesalista, entiende por "legitimación", la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada –titularidad de un derecho, deber u obligación- en la posición que fundamenta en derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión. Asimismo, se ha afirmado que el poder de conducir el proceso se considera derivación procesal del poder de disposición del derecho, de suerte que, legitimados como parte lo están los sujetos de la relación de la jurídica, teniendo como secuela la facultad de disponer de él y de ejercitarlo en juicio. Ahora bien, sucede que precisamente lo que trata de averiguarse por medio del proceso, es si existe o no el derecho del actor, y si existe precisamente contra el demandado. Este concepto de legitimación es procesalmente neutro o infructífero (legitimación *ad causam*).

Se es parte en un proceso por el hecho de formular una demanda o aparecer designado en ella como demandado, abstracción hecha de que quien pida, o frente a quien se pida, sea titular y obligado respectivamente por el derecho material deducido en el proceso, circunstancia que decidirá la sentencia. Tan válidos y eficaces son los actos realizados en el proceso por unos y otros, y no pueden disociarse del fondo la determinación de si quien es parte por demandar o por ser demandado son precisamente aquellos sujetos entre los cuales puede jurídicamente resolverse con eficacia la cuestión litigiosa (SAP Madrid, Sección 10ª, St. 387/2004, de 1 de marzo)[2].

La prueba

De las disposiciones generales establecidas en los artículos 281 y ss. de la LEC, podemos definir la prueba como el conjunto de actos dedicados a convencer al juzgador de la verdad de las afirmaciones que las partes le han efectuado. La prueba ha de ceñirse a los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso y sólo puede recaer sobre hechos controvertidos, salvo en los casos en que la

[2] AP Madrid, Sección 10ª, St. 387/2004, de 1 de marzo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes (SSAAPP Pontevedra, Secc. 1ª, 331/2005, de 23 de junio; Valencia, Secc. 8ª, 145/2000, de 24 de febrero; Girona, Secc. 1ª, 86/1999, de 12 de febrero; o Barcelona, Secc. 15ª, 205/2009, de 18 de junio)[3].

Carga de la prueba (art. 217 LEC)

El principio de aportación de parte, determina que son las partes las que deben probar. Son ellas, sobre las que recae la carga (no la obligación) de alegar los hechos que son el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación piden, y sobre ellas recae también la carga (no la obligación) de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juzgador de su realidad o de fijarlo conforme a la norma legal (STS 270/2010, de 14 de mayo). Las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba, han de recaer sobre quien tenga la carga de esta, entrando en juego sólo cuando hay inexistencia probatoria, pero no cuando hay existencia de esta (SSTS 519/2010, de 29 de julio; 472/2010, de 20 de julio; o 404/2010, de 18 de junio). La carga de prueba, tan sólo es de aplicación cuando ante la falta de prueba de un hecho relevante o fundamental para la decisión judicial, sigue siendo éste incierto o dudoso para el tribunal[4].

Particularmente, para el éxito de la acción reivindicatoria, es preciso que la parte actora acredite, el justo título de dominio, la perfecta identificación del bien, así como la posesión total o parcial del demandado.

La Sentencia 942/2025, analiza conjuntamente los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal que vienen referidos al hecho de la posesión ilícita por parte del demandado, extremo y requisito de la acción reivindicatoria, que es negado por el demandado una vez comparecido. Éste, basa su petición en una incorrecta valoración de la prueba aportada por los demandantes, que no demuestra su posesión sobre el inmueble. La Sala I, desestima los tres motivos, repasando y exponiendo las líneas básicas de su propia doctrina sobre el concepto del *error en la valoración de la prueba*. Únicamente el error patente (determinante de arbitrariedad) puede alegarse como motivo del recurso, haciendo mención al Acuerdo no jurisdiccional de fecha 27 de enero de 2.017, que establece como criterios de admisión para poder hablar de error en la valoración de la prueba los siguientes:

- Se trate de un error fáctico –material o de hecho-.
- Se trate de un error patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.
- No podrán acumularse errores patentes relativos a diferentes pruebas.

[3] LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL y LEYES COMPLEMENTARIAS, José Antonio Seijas Quintana y otros, Colex, Majadahonda-Madrid, 19ª edición noviembre 2011, pp. 463-464.

[4] LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL y LEYES COMPLEMENTARIAS, José Antonio Seijas Quintana y otros, Colex, Majadahonda-Madrid, 19ª edición noviembre 2011, pp. 331-333.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- Es incompatible la alegación de error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 de la LEC.

Con relación a este último requisito, la Sala I, recuerda a la Sentencia 925/2023, de 23 de junio que recoge reiterada doctrina y de cuya cita, podemos resumir lo siguiente:

- La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. En caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.
- Es contradictorio e inadmisible, que se denuncie error en la valoración de la prueba e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido sobre la base de una determinada valoración de la prueba (sentencias 12/2017, de 13 de enero; y 484/2018, de 11 de septiembre).
- Sólo se infringe el art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC.

Con cita de la Sentencia 760/2025, de 14 de mayo, entiende que ese error patente para que tenga magnitud suficiente vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24. de la C.E.), ha de referirse a un medio probatorio concreto que supone la obligación de la parte recurrente de exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido ese error verificable inmediatamente de forma incontrovertible de la actuación judicial.

Expuestas estas líneas básicas, la Sala I, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandado, entre otros razonamientos esencialmente, porque el demandado recurrente no expone un error patente concreto verificable de forma incontrovertible a partir de la actuación judicial, sino que pretende desarticular la valoración conjunta de la prueba realizada por la sentencia de apelación , planteando una total revisión probatoria. La sentencia de apelación, sí parte de una valoración de la prueba documental aportada por la actora (consistente en gastos de sepelio del fallecido poseedor y copia de la declaración prestada por éste en sede policial al decir que ha vivido en el inmueble durante 28 años, que era propiedad de su hermano siendo éste quien le autorizó a residir en ella y que aportaría en su momento prueba de la propiedad inmobiliaria). La Audiencia Provincial relacionando todos estos indicios, con el hecho que el demandado tenga el primer apellido coincidente con el poseedor fallecido, haber asumido gastos de sepelio, conservar documentación, incluso el hecho que el demandado se encuentra en la vivienda cuando acuden los

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

actores, le lleva a la convicción lógica de que no es un extraño a la relación jurídica procesal y por tanto puede afirmarse de él la legitimación pasiva *ad causam* (esto es, puede declararse el derecho de los demandantes en el proceso y puede afirmarse frente a él) . El demandado, niega la posesión, pero no aporta prueba de esa negación, no enervando los hechos en que los demandantes apoyaron su pretensión.

La Sala I, en la Sentencia 942/2025, concluye que podrá o no compartirse esta valoración; pero, en ningún caso puede calificarse de absurda, ilógica o arbitraria, y menos aún de error patente porque no se concreta ninguno. La inferencia lógica de indicios realizada por la sentencia de apelación y confirmada por la Sala I, nos lleva a recordar la figura de las presunciones judiciales prevista en el art. 386 de la LEC, al disponer en su apartado primero que *a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.* Se exige que el juez o tribunal razone en la sentencia el camino que le ha llevado a establecer la presunción, pudiendo la parte perjudicada demostrar que se ha seguido una vía ilógica o no razonable o contraria a la regla de la sana lógica y buen criterio (STS de 8 de febrero de 2.008)[5].

IV. ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO: BREVES PINCELADAS

El demandado interpuso además, recurso de casación, alegando como único motivo al amparo del art. 477.3 de la LEC, no ser poseedor de la cosa ni discutir el derecho de los demandantes, careciendo de legitimación pasiva.

El derecho real de propiedad, como derecho constitucional reconocido en la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título I, de la Constitución Española (art. 33), es regulado en el Título II, del Libro II, del Código civil, artículos 348 y siguientes. El art. 348, lo define diciendo: *La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o un animal, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del animal para reivindicarlo.*

Dentro del conjunto de acciones que nuestro Derecho Privado Patrimonial contempla para la protección del dominio, podemos distinguir aquellas dirigidas a reprimir una perturbación parcial (acción negatoria, acción *aqua pluvia arcenda* y la acción de daño temido y de denuncia de obra nueva), aquellas dirigidas a el señalamiento de los límites de la cosa (deslinde y amojonamiento), y aquellas dirigidas a verificar judicialmente la realidad del derecho sobre la cosa (acción declaratoria de dominio) y para reprimir la perturbación total. Es respecto de esta última donde se sitúa la acción reivindicatoria prevista en el art. 348.2 del Código Civil.

[5] LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL y LEYES COMPLEMENTARIAS, José Antonio Seijas Quintana y otros, Colex, Majadahonda-Madrid, 19ª edición noviembre 2011, pág. 543.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Constituye el principal medio de defensa del dominio, definiéndose como la acción real que tiene por fin obtener el reconocimiento del derecho de propiedad, y en consecuencia, la restitución de la cosa que indebidamente retiene un tercero. Mediante ella se ha dicho, el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución del poseedor no propietario. Se trata por tanto, de una acción de naturaleza real (en contraposición a las acciones personales que protegen derechos personales o de crédito), de eficacia frente a todos o *erga omnes* y recuperatoria, en la que son presupuestos o requisitos para su ejercicio los siguientes:

1. Que el actor justifique su derecho de propiedad

Si la adquisición del dominio se produjo de manera originaria, basta la existencia del hecho originador. Si la adquisición fue derivativa, es necesaria la exhibición del título más la justificación del derecho del tradente, Es doctrina del Tribunal Supremo, que la prueba del dominio es condición inexcusable del ejercicio de la acción reivindicatoria, hasta el extremo que el demandado debe ser absuelto si no se realiza. El actor no está obligado a justificar que lo adquirido y reivindicado le sigue perteneciendo, toda vez que el estado de derecho originado se presume que sigue existiendo si no se demuestra lo contrario, cuya carga corresponde al demandado.

2. Que la cosa quede acreditada en cuanto a su identidad

Esto es, que la cosa concreta y que se reivindica, sea perfectamente identificada y no se trate de otra de la misma especie y calidad. Si se trata de bienes inmuebles es de especificar en la demanda su situación, cabida y linderos. Si se trata de bienes muebles, resulta más complejo, ya que no suelen haber elementos identificativos bastando la aportación del título u otro principio de prueba. A efectos de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley Hipotecaria, basta la mera inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad, teniendo el demandado la carga de destruir la presunción en que se ampara el demandante fruto de aquélla.

3. Que el demandado se encuentra en la posesión indebida de la cosa

Dicha posesión habrá de ser actual e indebida. La actualidad de la posesión, puede presentar el problema de la sustitución de la condena por la indemnización de daños y perjuicios si, al finalizar el proceso, el demandado ya no se encontrara en dicha tenencia. El carácter indebido, implica que posea sin título alguno que justifique su posesión. Si el demandado ostenta un título derivado de una relación obligacional (arrendamiento) o un *ius in re aliena* (usufructo) y trae causa del reivindicante o anterior causante, no puede en esencia prosperar la acción reivindicatoria. Si el demandado posee con título de dueño, la jurisprudencia exige la previa o conjunta nulidad del título del actor[6].

Finalmente, mencionar que la tutela jurisdiccional concreta de la acción supone la declaración del derecho de propiedad sobre la cosa, la restitución de la cosa, en consecuencia con sus frutos y accesiones, así como el

[6] DERECHO CIVIL Parte General y Derechos Reales, Volumen I, Editorial Carperi, 2020, tema 18.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

abono de impensas, mejoras o menoscabos como establece la doctrina legal. Recordar que está sujeta al plazo de prescripción de seis años desde la pérdida de la cosa tratándose de bienes muebles (art. 1.962 del Código civil) y de treinta años tratándose de bienes inmuebles (art. 1.963 del Código civil).

La Sentencia 942/2025, desestimó finalmente el recurso de casación interpuesto por el demandado, confirmando de la prueba practicada la concurrencia de los requisitos expuestos para el ejercicio de la acción reivindicatoria. La Sala I, confirma la valoración de indicios realizada por la sentencia de apelación, en tanto que el demandado en algún momento, directa o indirectamente, pudo entenderse conforme a un criterio lógico que ocupó o tuvo la posesión de la vivienda. Considera que el demandado, al negar la posesión, debía haber aportado (carga de su parte) los elementos necesarios para desvirtuar los indicios que se ofrecen con la prueba documental de los demandantes, en tanto principalmente su participación y relación con los hechos y los distintos poseedores anteriores. Hay un indicio fundamental que se expresa en la sentencia, cual es, que cuando los demandantes acuden a la vivienda se encontraba en ella el demandado y comunicó que está en su derecho de uso por ser familiar (hermano) del último poseedor. Al no aclarar su situación, y solamente negar la posesión, no desvirtúa la presunción judicial quedando acreditada su legitimación pasiva propia u ordinaria.

V. CONCLUSIONES

De la STS. 942/2025, de 12 de junio, podemos extraer como conclusiones relevantes acerca de las distintas cuestiones adjetivas y sustantivas analizadas, las siguientes:

1º. Para que el error en la valoración de la prueba pueda ser estimado en un recurso extraordinario ha de tratarse de un error fáctico, patente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, siendo incompatible su alegación con la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217 de la LEC).

2º. Que dicho error ha de ser concreto señalándose dónde, cuándo y cómo se produjo, no siendo de recibo pretender desarticular la valoración conjunta de la prueba practicada en autos.

3º. Sólo se infringe el art. 217 de la LEC, si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el mismo precepto.

4º. Estamos en presencia de legitimación propia u ordinaria, cuando las partes actúan en el proceso por un derecho o relación jurídica de la que son titular. Y hablamos, de legitimación *ad causam*, cuando a través del proceso se averigua si existe el derecho del actor o demandante y existe precisamente frente al demandado.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

5º. Son presupuestos o requisitos necesarios para el ejercicio de la acción reivindicatoria: la justificación del derecho del propietario no poseedor; la concreta y perfecta identificación de la cosa objeto de reivindicación; y la posesión actual e indebida del poseedor no propietario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL y LEYES COMPLEMENTARIAS, José Antonio Seijas Quintana y otros, Colex, Majadahonda-Madrid, 19ª edición noviembre 2011.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL y LEYES COMPLEMENTARIAS, José Antonio Seijas Quintana y otros, Colex, Majadahonda-Madrid, 19ª edición noviembre 2011.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL y LEYES COMPLEMENTARIAS, José Antonio Seijas Quintana y otros, Colex, Majadahonda-Madrid, 19ª edición noviembre 2011.

DERECHO CIVIL Parte General y Derechos Reales, Volumen I, Editorial Carperi, 2020, tema 18.

Jurisprudencia

STS. 1ª, nº. 942/2025, de 12 de junio, Rc. 1886/2020.

AP Madrid, Sección 10ª, St. 387/2004, de 1 de marzo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

DAÑOS CAUSADOS POR AMIANTO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS DE LA SENTENCIA 141/2021 A LA SENTENCIA 951/2025

María Teresa Manga Alonso

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

SUMARIO: *I. Introducción. II. ¿Qué es el amianto? III. La fábrica demandada. IV. Conclusiones del marco normativo estatal sobre el asbesto V. Jurisdicción VI. Hechos alegados por los demandantes VII. Responsabilidad extracontractual. 1. Causalidad e imputación objetiva. 2. Doctrina del riesgo. VIII. Problemas específicos. 1. Valoración de los daños. 1.1. Aplicabilidad del baremo de tráfico. 1.2. Cambio jurisprudencial a favor del baremo vigente al tiempo de interposición de la demanda. 2. Compatibilidad de acciones: iure propio e iure hereditatis. 3. Incidencia del fallecimiento de los demandantes durante el curso del procedimiento. 4. Pago de intereses legales. IX. Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

Los daños causados a terceros ajenos a una relación laboral por mor de exhalar polvo de amianto al residir cerca de la fábrica que vino comercializando la marca Uralita durante 90 años, o por ser familiares de trabajadores que llevaban a sus hogares las ropas contaminadas para su limpieza, ha dado lugar en los últimos años a numerosas demandadas contra la mercantil.

Demandas que han sido estimadas por los tribunales de instancia y también en apelación, respecto de las cuales ha tenido ocasión de pronunciarse el Alto Tribunal conociendo de sendos recursos de casación, en los cuales se ha venido manteniendo una doctrina constante, la cual se ha visto en parte superada por la última sentencia dictada hasta el momento, la STS 951/2025, de 17 de junio, de la que fue ponente la Excma. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán, la cual, en aras de lograr una reparación integral de los daños causados avala, como novedad más significativa, la posibilidad de aplicar el baremo de tráfico vigente al tiempo de interposición de la demanda, cuando así sea solicitado por las partes, como criterio orientador válido en aras de lograr la total indemnidad de los daños padecidos.

II. ¿QUÉ ES EL AMIANTO?

El amianto, conocido coloquialmente como el mineral mágico, ostenta una serie de características que justificaron su uso expansivo en la industria, al tratarse de un material ignífugo, aislante excelente, de sencilla manipulación, duradero y de reducido coste.

Las fibras de amianto tienen unas particularidades que las hacen especialmente dañinas, en tanto en cuanto son partículas indestructibles, no biodegradables e imperceptibles; microscópicas y tienen unas

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

características físicas que facilitan su aerodispersión. Son fácilmente respirables y sus efectos patológicos están científicamente constatados.

Sumamente útil en los procesos industriales en donde se empleó para la fabricación de una gran cantidad de productos, sin embargo pronto se constataron los efectos perniciosos para la salud de quienes se encontraban expuestos al polvo del amianto, dando lugar fundamentalmente a dos tipos de patologías predominantes: un tumor maligno, denominado mesioteloma, y la asbestosis, que es una fibrosis pulmonar; todo ello, sin perjuicio además del riesgo de padecer cáncer de pulmón y ser fuente de otras enfermedades pleurales más benignas.

La utilización del amianto tuvo un crecimiento sostenido hasta la década de los ochenta del siglo pasado, en que se redujo progresivamente hasta la actual situación de prohibición y restricciones legales en los países desarrollados, por sus efectos contraproducentes para la salud. Hoy en día se emplean sustitutivos para la mayoría de sus aplicaciones.

En la Unión Europea, el hito fundamental fue la prohibición del uso y comercialización de las fibras de dichas sustancias y de los productos que contenían dichas fibras añadidas intencionadamente, en el anexo de la Directiva 1999/77/CE, de 26 de julio. Dicha disposición fue traspuesta en España con la O.M. de la Presidencia de 7 de diciembre de 2001 que entró en vigor el 14 de junio de 2002.

III. LA FÁBRICA DEMANDADA

La planta de Cerdanyola del Vallés se dedicó a la fabricación de materiales de fibrocemento durante 90 años, desde 1907 a 1997. Creó numerosos puestos de trabajo y estimuló el desarrollo económico y la transformación social de dicha localidad agrícola y rural que, a principios del siglo XX, contaba tan solo con 928 habitantes. Progresivamente aumentó sus instalaciones y obreros. En 1910, nació la marca Uralita.

El amianto se transportaba vía marítima y llegaba a la fábrica por tren desde el puerto de Barcelona. Al lado de la fábrica se construyó una vía de servicio para la descarga de los vagones que contenían los sacos de amianto. Alrededor de las instalaciones existían viviendas y diversos establecimientos comerciales.

IV. CONCLUSIONES DEL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL SOBRE EL ASBESTO

En España se dictaron, durante décadas, numerosas disposiciones normativas para regular la utilización del asbesto, por sus efectos perniciosos para la salud de las personas, especialmente en el ámbito laboral, al hallarse los trabajadores directamente expuestos a dichas sustancias, que manipulaban en el proceso industrial de transformación y ulterior aplicación. De esta normativa cabe deducir las conclusiones siguientes:

- Que la utilización del amianto en los procesos industriales y especialmente la inhalación del polvo, que se desprendía en la fabricación de productos derivados, conformaba un indiscutible riesgo para la salud

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

perfectamente conocido cuando menos en la década de los años cuarenta del siglo pasado, hasta el punto de ser considerada la asbestosis como una enfermedad profesional.

- El constatado y conocido riesgo para la salud llevó a la imposición de una serie de prevenciones y medidas de seguridad a observar por parte de los empresarios con la finalidad de garantizar la salud de sus trabajadores y controlar el impacto ambiental de las emanaciones de sus fábricas.
- Con ello, se obtiene la incontestable conclusión de que la entidad demandada tenía perfecta constancia de los riesgos que las sustancias de tal clase generaban para la salud de los trabajadores y a terceros ajenos a la relación laboral, así como la condición de peligrosa de la actividad industrial que desarrollaba, en tanto en cuanto susceptible de generar distintas patologías respiratorias elevadas incluso a la condición de enfermedad profesional, siendo la fuente de contaminación la inhalación de partículas o polvo de asbesto derivados de su transformación industrial.

V. JURISDICCIÓN

La problemática de la determinación de la jurisdicción a quien correspondía el conocimiento de las demandas se resolvió en el sentido de atribuir su conocimiento a la jurisdicción social, siempre que el daño dimanase de la vulneración de normas reguladoras de la relación jurídica laboral, que incluye las que desarrollan los deberes del empresario de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Esto es, cuando la cuestión era analizar si Uralita SA cumplió o no con la normativa laboral en materia de prevención de riesgos por la manipulación de asbesto o amianto, lo que es propio de la jurisdicción social.

Ahora bien, cuando la cuestión planteada es si la empresa actuó frente a terceros ajenos a esta relación laboral con la diligencia exigible una vez que a partir de los años cuarenta va teniendo un mayor conocimiento del riesgo que en general suponía la exposición al polvo de amianto, la jurisdicción competente es la propia del orden civil. Y, así, en las sentencias que son objeto de análisis la reclamación es formulada por sujetos ajenos a una relación jurídica laboral, como son los familiares de los trabajadores (pasivos domésticos) y quienes vivían en las proximidades de la fábrica (pasivos ambientales), razón por la cual el conocimiento de los litigios por parte de la jurisdicción civil deviene incontestable.

VI. HECHOS ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES

La base fáctica, en la que se apoyaron las pretensiones deducidas, consiste en esencia en que la entidad demandada desarrolló en la localidad de Cerdanyola del Vallés (Barcelona), entre 1907 y 1997, una actividad industrial consistente en la fabricación de elementos para la construcción mediante el uso de amianto. La inhalación de las fibras de dicho mineral es causante de distintas patologías para la salud, no sólo de los

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

trabajadores que lo manipulan en el proceso industrial de su transformación, sino también para los familiares convivientes con éstos, que retornaban a sus respectivos domicilios con las ropas de trabajo contaminadas, resultando de esta manera igualmente afectados (pasivos domésticos), así como también las personas que vivían en las proximidades de la fábrica de la demandada por las emanaciones y residuos procedentes de la misma (pasivos ambientales).

VII. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Los demandantes accionan con fundamento en su condición de perjudicados por padecer alguna enfermedad relacionada con el amianto (ERA), así como en su condición de herederos de personas fallecidas por las causas expuestas. La acción ejercitada es por responsabilidad civil extracontractual al amparo de lo normado en los arts. 1902 y 1908.2 y 4 CC.

Argumentan que el hecho de cumplir las prevenciones legales y reglamentarias (que, según los demandantes, no era el caso) pero aunque lo fuera, no elimina la responsabilidad civil. Los demandantes argumentan también que la responsabilidad de la empresa se apoya en la doctrina de la responsabilidad por riesgo en la gestión de actividades peligrosas y nocivas para la salud. Los demandantes alegan que concurre la relación de causalidad entre la actividad desarrollada en la fábrica de la demandada y el daño causado, así como que era conocida, desde al menos los años treinta del siglo pasado, la incidencia que el amianto desencadenaba en la salud de las personas, lo que le constaba a la entidad demandada pero que, pese a ello, no actuó con la diligencia debida en la prevención y evitación del daño.

1. Causalidad e imputación objetiva

En el ámbito de la relación de causalidad el Tribunal Supremo viene aplicando la doctrina de la imputación objetiva, exigiendo la doble causalidad: la física, natural o empírica, determinada por el experimento intelectual de la *conditio sine qua non* del derecho anglosajón. Conforme a dicha regla valorativa, si el resultado no se hubiera producido, de no concurrir el comportamiento enjuiciado (teoría de la eliminación), entonces se obtiene la conclusión de que dicha conducta no podrá reputarse causal del daño.

Esta causalidad material pertenece al ámbito del ser y actúa como presupuesto de una necesaria causalidad jurídica, que se mueve, por el contrario, en el ámbito del deber ser, y que opera mediante la selección de causas jurídicamente relevantes para la atribución de un hecho a una conducta humana, a través de criterios tales como el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo, la conducta alternativa conforme a derecho, la prohibición de regreso, la competencia de la víctima, la asunción voluntaria de riesgos, los riesgos generales de la vida entre otros.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Desde el punto de vista de la causalidad individual, se practicó prueba que analiza las circunstancias expositivas concurrentes en cada uno de los demandantes, tales como proximidad de su vivienda o puesto de trabajo a la fábrica, inferiores a 1,5 km, incluso a distancias notoriamente menores en la mayoría de los casos; relación de parentesco y convivencia con los trabajadores contaminados y lavado de ropa, así como el concreto tiempo de duración de la exposición a los polvos del mineral, en tanto en cuanto guarda directa relación con las mayores posibilidades de resultar contaminado. Es decir, se analizaron las coordenadas espaciotemporales y de contacto con el foco contaminante en cada uno de los demandantes.

Desde el punto de vista de la causalidad alternativa, se analizaron las actividades laborales de los reclamantes, a los efectos de descartar el contacto con otras fuentes de contaminación distintas en el proceso causal del daño. Tampoco, en este aspecto, se aportó por la demandada una hipótesis alternativa de contaminación plausible.

Concluyó el Tribunal Supremo que método utilizado por la Audiencia es racional, circunscrito a cada uno de los demandantes, fundado en la causalidad tóxica general, individual y alternativa, la actividad peligrosa desplegada por la persona puede constituir igualmente, bajo determinadas circunstancias, un legítimo título de imputación del daño.

2. Doctrina del riesgo

En ausencia de una cláusula general reguladora de la materia, la Sala ha venido elaborando la denominada doctrina del riesgo, sometida a las limitaciones impuestas por la obligación de conciliarla con el sistema subjetivista de responsabilidad propio de nuestro Código Civil, que impide atribuir de forma exclusiva al riesgo la consideración de título legítimo de imputación del daño.

- En primer lugar, que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en el ámbito de nuestro derecho. Nuestro sistema exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida (responsabilidad subjetiva o por culpa).
- La doctrina del riesgo se encuentra, por otra parte, circunscrita a aquellas actividades anormalmente peligrosas, no es extrapolable a las ordinarias, usuales o habituales de la vida.
- Para los supuestos de daños derivados de actividades especial o anormalmente peligrosas se eleva considerablemente el umbral del deber de diligencia exigible a quien la explota, controla o debe controlar, en proporción al eventual y potencial riesgo que genere para terceros ajenos a la misma. No cabe exigir una pericia extrema o una diligencia exquisita cuando nos encontremos ante un riesgo normal creado por el autor del daño; ahora bien, la existencia de un riesgo manifiestamente superior al normal, como el del

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

caso que nos ocupa, se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una rigurosa diligencia ajustada a las circunstancias concurrentes, en definitiva a extremar en muy elevado grado las precauciones debidas.

- Se facilita la posición jurídica de la víctima, mediante una suerte de inversión de la carga de la prueba atribuida a quien gestiona o controla la actividad peligrosa, que responde además a una dinámica y coherente manifestación del principio de facilidad probatoria, toda vez que es la entidad demandada la que cuenta con los conocimientos y medios necesarios para demostrar los esfuerzos llevados a efecto para prevenir el daño representable, o justificar su condición de inevitable o de residual sin culpa.

Aplicando esta doctrina a los casos analizados, el Alto Tribunal, concluyó:

1º. En el caso que enjuiciamos, no nos encontramos ante una actividad que podamos calificar como común o habitual o constitutiva de un riesgo general de la vida, sino anormalmente peligrosa, en tanto en cuanto consiste en la transformación a gran escala de un mineral que, por sus especiales e idóneas características, posibilita la fabricación de un importante número de productos con elevada rentabilidad, pero que también causa graves efectos perniciosos para la salud de las personas, incluso la muerte.

2º. La entidad demandada era perfectamente consciente de tales riesgos, que nacían de las partículas desprendidas en forma de polvo o fibras en los procesos industriales de manipulación del asbesto y su inhalación por las personas, en tanto en cuanto susceptibles de generar conocidas patologías pulmonares, no sólo a sus propios trabajadores -cuestión ajena a la jurisdicción civil-, sino que transcendían a terceros, como los denominados pasivos domésticos por los riesgos derivados de las partículas depositadas en la ropa de trabajo de sus empleados al regresar a sus domicilios y con repercusión también en el medio ambiente, al hallarse la actividad sometida al control de sus emisiones.

3º. Por otra parte:

La fábrica, por otra parte, se encontraba integrada en el marco urbano, con viviendas residenciales muy próximas, con lo que su deber de extremar las precauciones debidas era más intenso. Un centro escolar se hallaba incluso a unos 12 metros de la fábrica.

La demandada, al ostentar el control sobre la actividad peligrosa, estaba obligada a adoptar medidas eficientes para evitar o disminuir los riesgos característicos de la explotación industrial a la que se dedicaba.

Constatado el carácter nocivo para la salud de la inhalación de las fibras desprendidas en la manipulación industrial del asbesto en el interior de la fábrica, no era difícil de representar el riesgo de las emanaciones al exterior procedentes de las ropas de trabajo de los empleados de la demandada, así como las liberadas al medio ambiente.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

La circunstancia de que la actividad contase con autorización administrativa no significa ni implica la ausencia de responsabilidad en su gestión y control, no conlleva el cumplimiento de los activos deberes de prevención de riesgos que competían a la demandada. Tampoco la ausencia de sanciones administrativas permite obtener la conclusión de que se observó la diligencia debida.

La parte demandada indica que la contaminación de las personas que vivían en las proximidades de la fábrica, era inevitable, con ello parece deducirse que se hallaban obligadas a soportar pacientemente las graves repercusiones producidas en su salud alegando la doctrina de los riesgos del progreso.

Dicha doctrina es de aplicación a los casos en los que los daños se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos», doctrina que fue aplicada por este tribunal, por ejemplo, en supuestos de contagio por transfusión con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del SIDA y que no es extrapolable al caso que nos ocupa.

Su aplicación requiere, en primer término, que la entidad demandada, que la invoca, no incurra en falta de diligencia en su evaluación permanente, de los peligros inherentes a la actividad anormalmente peligrosa desarrollada, máxime dado el conocido riesgo de causar graves daños para la vida de las personas.

En segundo lugar, sería preciso que la parte demandada justificase que, conforme a los conocimientos científicos y técnicos concurrentes, se ignoraba, durante el periodo temporal de la explotación de la industria, los daños susceptibles de ser causados a las personas por las emanaciones y residuos procedentes de la fábrica.

Las sentencias recurridas razonan que lejos de observarse un especial deber de cuidado exigible, resultó acreditado que la demandada incrementó el riesgo en la gestión de una actividad ya, por sí sola, anormalmente peligrosa, no sólo con deficiencias en el mantenimiento interno de los niveles de contaminación tolerables, según acta de la inspección de trabajo, sino que, la evacuación del polvo del proceso de molido de la fábrica mediante extractores y chimeneas al exterior se llevaba a efecto sin filtros ni dispositivos de retención y recogida de polvo, así como que, en calles adyacentes, se encontraban fibras y residuos de cemento y amianto.

En 1977, todavía llegaban los sacos de amianto en bolsas de yute, que es un material poroso y las descargas se realizaban al aire libre en las proximidades a viviendas, con la emisión de fibras al medio ambiente.

En definitiva, no cabe concluir que la demandada obrara, con la diligencia exquisita que le era exigible, en la gestión de una actividad anormalmente peligrosa para la salud de las personas como la que explotaba en su fábrica. Tampoco que fueran objetivamente imprevisibles los daños susceptibles de ser causados a las personas, que habitaban o trabajaban en sus inmediaciones, con las emisiones de las fibras de amianto que liberaba.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

VIII. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. Valoración de los daños

Las sentencias de primera instancia estimaron parcialmente las demandas.

Concluyeron los juzgadores que la conducta de Uralita debe ser examinada en el marco de la abundante normativa de seguridad ambiental y, en atención a la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgo, valora la prueba relativa a si la demandada, a lo largo de los años, adoptó todas las medidas precisas y actuó de forma diligente o si, por el contrario, no lo hizo y debe indemnizar los daños.

No se extremaron por parte de la demandada las precauciones necesarias para evitar las consecuencias lesivas de su actividad.

También considera acreditado el nexo causal respecto de las enfermedades padecidas o los fallecimientos producidos, y fija las indemnizaciones correspondientes.

Demandantes y demandada interponen recursos de apelación frente a la sentencia del juzgado. La Audiencia estimó parcialmente ambos recursos y revocó parcialmente las sentencias de primera instancia, con la consecuencia de que condena a la demandada al pago de las nuevas cantidades que fija.

La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 7 de diciembre de 2017, origen de la posterior STS 141/2021, aplicó para tasar los daños causados el Baremo vigente al tiempo de producirse los fallecimientos o ser diagnosticadas las enfermedades; siendo ello respaldado por el TS al conocer en casación. Empero la misma Audiencia Provincial en su sentencia de 24 de octubre de 2019 aplicó el Baremo vigente al tiempo de interposición de la demanda, avalando ello el TS al conocer del recurso formulado por la mercantil demandada.

La recurrente denunció que la sentencia de la Audiencia, resolvió aplicar el baremo vigente en el momento de la interposición de la demanda, que es el previsto en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, prescindiendo de la norma vigente en el momento de la fecha del diagnóstico de las enfermedades o de la fecha del fallecimiento de los afectados, que era el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor.

a) Aplicabilidad del Baremo de Tráfico

Sobre este particular la Sala señaló que viene admitiendo la utilización de las reglas del baremo de tráfico como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas, como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En la sentencia 141/2021, de 15 de marzo, dijo: *Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización.*

El régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos dijo el Supremo en el año 2021 que es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce; si bien esos daños deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.

También la sentencia 453/2021, de 28 de junio, en un caso de daños por contacto con amianto, reitera la doctrina jurisprudencial antes expuesta.

b) Cambio jurisprudencial a favor del baremo vigente al tiempo de interposición de la demanda

No obstante, en la STS 951/2025 se produce un importante cambio jurisprudencial. Ahora la sala, reunida en pleno, considera que procede modificar la doctrina anterior en el sentido de declarar que cuando así se solicite, procede la aplicación orientativa del sistema introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para valorar los daños producidos en ámbitos ajenos a la circulación, en los que la aplicación del baremo no es obligatoria, aunque los hechos por los que se reclama tuvieran lugar antes de la entrada en vigor de la Ley.

La disposición transitoria de la Ley 35/2015 prevé su aplicación solo para los accidentes que se produzcan tras su entrada en vigor y expresamente ordena la subsistencia del sistema recogido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, para la valoración de los daños y perjuicios causados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Esta norma se refiere exclusivamente a los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Normativa imperativa no disponible para las partes.

No obstante, la razón por la que se acude al baremo en sectores ajenos a la circulación, en donde no es vinculante, es porque el baremo aporta criterios de valoración que facilitan la motivación de la cuantificación de los daños. Por eso, en los ámbitos en los que no es vinculante la aplicación del baremo, el principio de reparación integra justifica que se indemnicen daños no incluidos en el baremo, que se establezcan criterios correctores que se adecúen a las circunstancias concretas, y también que se puedan valorar los daños producidos con anterioridad con arreglo a los criterios recogidos en el nuevo baremo.

Por ello, en este caso señala el TS que, como hizo la Audiencia, resulta más adecuado acudir como criterios inspiradores de la valoración del daño a los establecidos en el nuevo baremo, que, según explica el preámbulo de la Ley 35/2015, su finalidad es la de lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2. Compatibilidad de acciones: iure propio e iure hereditatis

La sentencia del pleno 141/2021, de 15 de marzo se ocupó del problema de si la víctima de un daño de contenido personal, que muere sin haber ejercitado las correspondientes acciones judiciales reparatorias y siempre que éstas no hayan prescrito, transfiere a sus herederos el derecho a obtener el resarcimiento del daño experimentado al formar parte de su herencia conforme a los arts. 659 y 661 CC así como si, de contestar afirmativamente tal cuestión, es compatible reclamar *ex iure propio* , por la muerte, y *ex iure hereditatis*, por el daño corporal sufrido por el causante en vida.

En esa sentencia la Sala dijo: No se puede negar el carácter polémico de esta cuestión, que se ha movido entre los dos polos antagónicos de las posiciones favorables o contrarias a tal posibilidad, dadas las reticencias fundamentalmente existentes respecto a la transmisión del daño moral. Han surgido, incluso, otras posturas intermedias, que admiten la transmisión del crédito resarcitorio sólo en los casos en los que haya sido judicialmente ejercitado y fallezca el perjudicado durante la sustanciación del proceso, lo que conforma ya un supuesto de sucesión procesal.

No nos hallamos, en el caso que enjuiciamos, ante derechos personalísimos, que se extinguen por la muerte, como los derechos políticos al sufragio, los derivados de la función pública desempeñada, o los propios de la condición de nacional de un determinado país, ni tampoco ante derechos reales personalísimos como el usufructo vitalicio (art. 513 CC) o los derechos de uso y habitación (arts. 525 y 529 CC) que han de tenerse como intransmisibles.

La muerte no se indemniza a quien muere, sino a quienes sufren los daños morales o patrimoniales por tal fallecimiento. Ello es así, dado que no existe propiamente daño resarcible para el muerto, desde la esfera del derecho de daños, sino privación irreversible del bien más preciado con el que contamos como es la vida, que extingue nuestra personalidad (art. 32 CC). La muerte no genera, por sí misma, perjuicio patrimonial ni no patrimonial a la víctima que fallece y, por lo tanto, en tal concepto, nada transmite vía hereditaria; cuestión distinta es que nazcan ex iure propio derechos resarcitorios, originarios y no derivados, a favor de otras personas en razón a los vínculos que les ligan con el finado.

La indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable "ex iure propio", al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del "de cuius".

Ahora bien, el derecho de los particulares a ser resarcidos económicamente por los daños y perjuicios sufridos, a consecuencia de una conducta jurídicamente imputable a otra persona (art. 1902 CC), genera un derecho de crédito de contenido patrimonial, condicionado a la concurrencia de los presupuestos de los que surge la responsabilidad civil. Los bienes jurídicos sobre los que recae el daño cuando son la vida, la integridad física, los derechos de la personalidad, tienen carácter personalísimo y, como tales, no son transmisibles por

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

herencia, pero cuestión distinta es el derecho a ser resarcido económicamente por mor de la lesión padecida, en tanto en cuanto goza de la naturaleza de un crédito de contenido patrimonial, que no se extingue por la muerte del causante (art. 659 CC).

Este derecho al resarcimiento económico nace desde el momento en que es causado el daño, como resulta del juego normativo de los arts. 1089 y 1902 CC, no cuando es ejercitado ante los tribunales o reconocido en una sentencia judicial, que tiene efectos meramente declarativos y no constitutivos del mismo. Lo adquiere el lesionado desde que lo sufre y queda integrado en su patrimonio, susceptible de ser transmitido a sus herederos.

Existen manifestaciones normativas de dicha transmisibilidad, como las contempladas los arts. 4 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El art. 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (TRLRCSCVM) que norma, por su parte, que el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes; y, en su párrafo segundo, establece que *el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigir al asegurador la satisfacción de los referidos daños, que prescribirá por el transcurso de un año,* como igualmente resulta del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro . Los artículos 44 y siguientes del precitado TRLRCSCVM, tras la reforma introducida por la Ley 30/2015, de 22 de septiembre, regulan la indemnización por lesiones temporales en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización (art. 44); la indemnización por secuelas en caso de fallecimiento del lesionado tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización (art. 45); la indemnización de gastos en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización (art. 46) y la compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por la muerte del lesionado (art. 47).

El hecho pues de contar con un doble título ex iure hereditatis y ex iure propio, cada uno con su contenido patrimonial específico, permite su ejercicio conjunto, dado que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC).

Por consiguiente, el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, (ex iure hereditatis) puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por éstos como perjudicados por su fallecimiento (ex iure propio)».

Razonamientos que son acogidos por la STS 951/25 confirmando así su propia doctrina.

3. Incidencia del fallecimiento de los demandantes durante el curso del procedimiento

En la sentencia del pleno de esta sala 141/2021, de 15 de marzo, la Sala señaló que: *El problema del crédito resarcitorio adquirido por herencia y no cuantificado, como es el caso que nos ocupa, no puede quedar desligado*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

del fenómeno de la muerte, en tanto en cuanto el fallecimiento de la víctima implica inexorablemente que dichos perjuicios dejan de sufrirse, lo que constituye una circunstancia trascendente para su cuantificación. El crédito que se transmite debe adecuarse a los daños efectivamente irrogados, no puede extenderse a los que, en condiciones normales, le hubieran correspondido a la víctima en función a sus expectativas vitales, porque éstas se han visto frustradas por la muerte.

En definitiva, deviene improcedente indemnizar una incertidumbre ficticia, en tanto en cuanto constan con precisión las coordenadas temporales del perjuicio padecido, que no constituyen un dato inocuo o carente de relevancia, dado que, en función ellas, se debe calcular el montante económico del resarcimiento debido. No estamos, en estos supuestos, ante un crédito indemnizatorio por la pérdida de incrementos patrimoniales futuros o daños no patrimoniales incondicionados e inciertos, sino concretos y definidos por el fenómeno de la muerte.

No vemos pues error en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, porque tenga en cuenta, a la hora de proceder a la valoración del daño, el tiempo transcurrido entre el diagnóstico de la enfermedad, hasta entonces silente, y el fallecimiento de la víctima, a los efectos de determinar la indemnización correspondiente. El daño es el presupuesto para la existencia de la responsabilidad civil, en tanto en cuanto marca sus límites y el quantum indemnizatorio, que ha de ser proporcional a la entidad del perjuicio sufrido, sin generar enriquecimientos para la víctima ni esfuerzos desorbitantes para el causante de ellos. Cuando la víctima muere, antes de la cuantificación del daño, la duración de la vida, sus expectativas vitales, se convierten en un dato cierto, que no puede ser despreciado.

En la sentencia del pleno de esta sala 535/2012, de 13 de septiembre, señalaba: "[...] ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales" -en el caso enjuiciado en dicha sentencia de un joven de quince años-, "[...] puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento".

Recientemente, la sentencia 69/2025, de 14 de enero, en un supuesto de accidente de circulación ocurrido tras la entrada en vigor de la Ley 35/2015, en la que el lesionado fallece después de la demanda, de la contestación de la demanda y de la audiencia previa, interpreta el art. 45 TRLRCSCVM, dice: *La perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), permite tener en cuenta hechos posteriores a la demanda en casos excepcionales o expresamente previstos por el legislador (STS 800/2009, de 10 de diciembre), y en el supuesto litigioso éstos son expresamente contemplados en el art. 45 del TRLRCSCVM, cuyos presupuestos concurren: estabilización de las lesiones y fallecimiento de la víctima antes de fijarse la indemnización correspondiente.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Es la indemnización, bajo los condicionantes de tal precepto, el derecho que, por vía de herencia, adquieren las demandantes, precisamente en contemplación de la muerte del causante y en virtud del fenómeno de la sucesión procesal. El art. 16.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la transmisión mortis causa de lo que sea objeto del juicio, y el crédito resarcitorio que se transmite lo es en función de las coordenadas temporales ciertas y conocidas derivadas de la muerte del demandante a tenor de lo dispuesto en el art. 45 del TRLRCSCVM, que limita el montante resarcitorio en función proporcional a una parcela de daño que no se va a padecer por fallecimiento de la víctima.

La aplicación de la doctrina expuesta determinó estimar el motivo de casación que había sido invocado por la empresa demandada, declarando que la determinación del montante indemnizatorio que deben recibir los herederos de los demandantes fallecidos prematuramente durante el curso de este procedimiento como consecuencia de la enfermedad no es, contra lo que ha entendido la Audiencia, la que correspondería a los demandantes «por el tiempo que hubieran vivido», sino que en cada caso para calcular la indemnización debe atenderse al tiempo transcurrido entre el diagnóstico de la enfermedad y el momento del fallecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45 del TRLRCSCVM.

4. Pago de intereses legales

La sentencia de la Audiencia Provincial de 24 de octubre de 2019 impuso a la mercantil demandada el pago de intereses legales desde el momento de la interposición de la demanda, siendo esta cuestión recurrida alegando que con tal imposición se infringen los arts. 1902 y 1108 CC respecto de la indemnización considerada como deuda de valor, en las que no procede la condena al pago de intereses moratorios.

La Sala, conociendo en casación señaló que es reiterada la doctrina de la sala que, partiendo del carácter de deuda de valor del crédito resarcitorio, reconoce la procedencia de su actualización hasta el momento del pago. Y que la finalidad de ello es la de restablecer la situación existente cuando se produjo el daño, por lo que resulta necesario adecuar su cuantía al momento en que el perjudicado recibe la indemnización correspondiente.

Para conseguir esta adecuación pueden seguirse varios sistemas, y entre ellos, la jurisprudencia ha aceptado tanto la revalorización de la cantidad en la que en su día se cuantificó el daño conforme al IPC, como el devengo de intereses legales. No porque sea de aplicación el art. 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto.

El devengo de los intereses del art. 1108 CC desde la interposición de la demanda responde a que, una vez intimado el deudor, si no paga incurre en mora y debe indemnizar el retraso en el cumplimiento de su obligación. Pero una vez interpuesta la demanda, la aplicación del interés del art. 1108 CC tiene por finalidad

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

indemnizar la demora. Y el interés previsto en el art. 576 LEC es un interés de demora "reforzado": si aun existiendo sentencia condenatoria no se paga, ha de indemnizarse la demora con un interés reforzado, el interés legal incrementado en dos puntos. Y, respecto de estos, el TS señaló que los intereses de demora procesal del art. 576.2 LEC se devengarán desde la fecha de la sentencia de la Audiencia.

IX. CONCLUSIONES

1º. La utilización del amianto en los procesos industriales y especialmente la inhalación del polvo, conformaba un indiscutible riesgo para la salud perfectamente conocido cuando menos en la década de los años cuarenta del siglo pasado.

2º. Fueron dispuestas una serie de prevenciones y medidas de seguridad a observar por parte de los empresarios con la finalidad de garantizar la salud de sus trabajadores y controlar el impacto ambiental de las emanaciones de sus fábricas.

3º. La mercantil tenía perfecta constancia de los riesgos que las sustancias de tal clase generaban para la salud de los trabajadores y a terceros ajenos a la relación laboral, pasivos domésticos y pasivos ambientales.

4º. Conoce la jurisdicción social de los daños causados a trabajadores de la empresa demandada; la jurisdicción social de los causados a familiares de aquellos y personas que han vivido en las proximidades de la fábrica.

5º. Las demandan invocan la responsabilidad extracontractual sobre los art. 1902 y 1.908 2 y 4 CC.

6º. La Sala avala reconocer el daño sobre la base de la causalidad física, jurídica y alternativa y sobre la doctrina del riesgo.

7º. El Baremo de tráfico es medio orientativo para la fijación de las indemnizaciones. Cabe aplicar el baremo vigente al tiempo de interposición de las demandas, si así se solicita.

8º. Compatibilidad de acciones iure propio e iure hereditatis respecto de un mismo perjudicado.

9º. Las indemnizaciones son deudas de valor a las que procede aplicar el interés legal desde la interposición de la demanda hasta el dictado de sentencia, e intereses procesales desde ésta hasta el completo pago.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

ANÁLISIS DE LA CLAUSULA IRPH EN LA ACTUALIDAD: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2025

Adriana Mateos Ruiz

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

SUMARIO: *I. Introducción. II. Evolución. III. Análisis de las SSTS de 11 de noviembre de 2025. IV. Impacto procesal y estratégico de la doctrina de 2025. V. Conclusión. VI. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios) continúa siendo hoy un asunto controvertido, pese a que los tribunales llevan más de una década analizando su validez. Su definición aparece en el Anexo VIII de la Circular 5/1994 del Banco de España y lo configura como el promedio simple de los tipos de interés ponderados correspondientes a préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, con un plazo igual o superior a tres años, formalizados o renovados por bancos y cajas en el mes de referencia.

Este índice empezó a utilizarse en 1994 y llegó a representar alrededor del 10% de las hipotecas. Con el tiempo, sin embargo, fue perdiendo presencia frente al Euríbor hasta que, en 2018, únicamente un 0,28% de los préstamos se vinculaban a él.

El Juzgado de lo Mercantil de Donostia/San Sebastián lo declaró nulo por primera vez en el año 2014, y a partir de entonces, se emitieron miles de resoluciones tanto por juzgados como audiencias provinciales debatiendo sobre la validez del mencionado índice. Luego cuando se declaraba su nulidad, surgía además la cuestión de si correspondía al juez reemplazar el IRPH por el Euribor. Todas estas dudas motivaron un elevado número de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) como a continuación veremos.

II. EVOLUCIÓN

Antes de centrarnos en las recientes sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal, conviene repasar los hitos principales que han marcado la interpretación del IRPH en los últimos años.

1. STS 669/2017 de 14 de diciembre de 2017

El Tribunal Supremo dictó sentencia en el primer caso de nulidad de IRPH (STS 669/2017) dictaminando que la mera referencia de una hipoteca a un índice oficial como es el IRPH no constituye *de facto* la falta de transparencia ni la abusividad. A pesar de la sentencia del Tribunal Supremo, claramente desfavorable a los consumidores que suscribían hipotecas referenciadas al IRPH, continuaron las demandas ante los tribunales

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

españoles y europeos. En consecuencia, su decisión fue favorable a este índice por considerar que el hecho de que fuese un índice oficial y publicado hacía que no se le pudiera achacar el carácter de abusivo ni la falta de transparencia.

2. STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018)

A raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, el TJUE se pronunció sobre la legalidad y validez del IRPH. La respuesta a tal cuestión fue la de examinar, por los tribunales nacionales, el carácter claro y comprensible de las cláusulas que fijaron el mencionado índice. De hecho, se permitía a los jueces españoles que anularan una hipoteca vinculada al IRPH si consideraban que era abusiva, con la posibilidad de convertirla al índice que comúnmente se venía aplicando, esto es, el Euribor.

3. STS 595/2020 de 12 de noviembre de 2020

El Tribunal Supremo estableció en su sentencia que lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros esenciales a los que se refiere la legislación de consumidores, a saber, el desequilibrio y la buena fe. Por lo que siguió afirmándose en su criterio.

4. Auto del TJUE de 17 noviembre de 2021 (C-655/2020)

El TJUE hizo una aclaración relevante, pues aquí resultaban clave dos aspectos:

a) Qué ocurría si el banco no había entregado al cliente previamente un folleto informativo que recogiera la evolución del índice en los dos años previos a la contratación; y

b) Si una cláusula no es transparente, entonces es necesario hacer un segundo análisis para determinar si es abusiva.

En el Auto se indicaba lo siguiente:

1) El folleto no es relevante para la transparencia y existen dos controles: transparencia y abusividad. El TJUE indica literalmente: *34 (…) la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial.* Con este criterio el TJUE confirma la validez del IRPH en las hipotecas sin folleto informativo[1].

[1] Véase Auto TJUE de 17 noviembre de 2021 (C-655/2020). Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2) A la segunda cuestión clave, si existen uno o dos controles a aplicar, el TJUE confirma literalmente: *37 (…) la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo*. Existen por tanto dos controles, transparencia y abusividad, que son distintos. Esta conclusión ya la había afirmado el Tribunal Supremo en su Sentencia de octubre de 2020, por lo que queda definitivamente respaldada y confirmada por el Tribunal europeo[2].

Así pues, queda claro que incumbe al juez nacional determinar si esa cláusula cumple con las exigencias de la buena fe, equilibrio y transparencia.

5. SSTS 42, 43, 44/2022 de 27 de enero

El Tribunal Supremo ratificó que la ausencia de transparencia no basta para declarar la nulidad de la cláusula en el caso de los contratos referenciados al IRPH, ya que llegados a este punto debemos analizar si hay un desequilibrio importante entre las partes y mala fe.

6. Auto TJUE de 17 de febrero de 2023

Más adelante, se volvió a plantear nueva cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca quien formuló, en esta ocasión, hasta veinte preguntas dirigidas al TJUE para que se pronunciase con más detalle acerca de las cuestiones que todavía seguían suscitando controversia y, en esencia, sobre la dificultad de saber cuándo una cláusula era transparente y cuando no lo era, teniendo en cuenta que la redacción de tales cláusulas se recoge de manera estándar en la mayoría de contratos. Pues bien, en este punto, el TJUE se pronunció nuevamente mediante Auto de 17 de febrero de 2023 donde responde a buena parte de las nuevas cuestiones e inadmite algunas de ellas.

En esencia, el Tribunal Europeo sigue respaldando las sentencias del Tribunal Supremo sobre cómo interpretar la comercialización del IRPH y su validez.

En definitiva, el tribunal europeo declara que:

a) El juez tiene que asegurarse que el consumidor medio estaba en plenas condiciones de comprender el funcionamiento del índice de referencia;

b) Debe considerarse que el profesional actuó de buena fe;

c) En caso de determinarse la nulidad del índice el juez nacional puede reemplazarlo por un índice legal siempre y cuando el contrato en cuestión no pueda subsistir tras la supresión de dicha cláusula abusiva[3].

[2] Véase Auto TJUE de 17 noviembre de 2021 (C-655/2020). Sobre la cuestión prejudicial tercera.
[3] Véase Auto TJUE 17 febrero de 2023.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

7. STJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22)

Nuevamente el tribunal europeo ponía el foco en la definición dada en la Circular del Banco de España 5/1994 en cuanto a la transparencia y dejaba al juez nacional la determinación sobre si un consumidor medio podía acceder al contenido de dicha información y comprender su significado.

8. STJUE de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23)

Posteriormente, el TJUE vuelve a pronunciarse y desmonta un argumento que hasta la fecha se venía utilizando, y es el relativo a la publicidad. En este punto considera que aunque se trate de un índice oficial publicado en el BOE no significa que ya por el simple hecho de la publicidad supere el control de transparencia, pues el foco central debe ponerse en asegurar que el consumidor comprendió ese índice y las consecuencias económicas que implicaba en el momento de firmar el contrato.

9. SSTS 1590/2025 y 1591/2025 de 11 de noviembre de 2025

Por último, las sentencias más recientes dictadas por nuestro Alto Tribunal son las SSTS 1590/2025 y 1591/2025 de 11 de noviembre, las cuales establecen unos criterios para determinar si se cumplen con las obligaciones de transparencia atendiendo al momento de la contratación en comparación con otros índices del mercado.

Como vemos, a pesar de que se han ido estableciendo diversas pautas por parte del TJUE que después el Tribunal Supremo ha tratado de aplicar, no cabe duda que el IRPH sigue siendo una cuestión controvertida en nuestro ordenamiento jurídico, pues en cierto modo, se deja a la libre interpretación de cada juzgador determinar si ese consumidor en concreto tenía la capacidad suficiente para comprender las condiciones del contrato referenciado a ese índice en concreto, basándose en el adecuado equilibrio entre las partes y la buena fe.

III. ANÁLISIS DE LAS SSTS 11 DE NOVIEMBRE DE 2025

El pasado 11 de noviembre de 2025, el Tribunal Supremo resolvió dos recursos de casación sobre la cláusula de intereses referenciada al IRPH. Las sentencias 1590/2025 y 1591/2025, ambas de la misma fecha, fijan criterios de interpretación sobre la transparencia y abusividad de la cláusula.

Sentencia del Tribunal Supremo 1590/2025, de 11 de noviembre

El Tribunal parte de la aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia en préstamos hipotecarios. Señala que debe verificarse la información suministrada en el momento precontractual, particularmente en relación con el folleto informativo y el diferencial negativo previsto en dicha normativa.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Sin embargo, el hecho de que la entidad no hubiera facilitado el folleto informativo en los términos exactos exigidos por la Orden de 1994 no determina automáticamente la nulidad de la cláusula IRPH. Debe analizarse si la falta de entrega pudo compensarse por la información accesible por otras vías, incluyendo la publicación oficial del índice.

El Tribunal Supremo afirma que, con carácter general, la publicación del IRPH en el BOE satisface el estándar mínimo exigido para el control de transparencia, incluso a la luz de la jurisprudencia del TJUE, puesto que con ello entiende que se garantiza que el consumidor pueda conocer su contenido.

En el caso concreto, constaban aportados el folleto informativo y una oferta vinculante (ambos de la misma fecha que la escritura y puestos a disposición de los prestatarios). A partir de esta información, el Tribunal concluye que la cláusula supera el control de transparencia, al concurrir los siguientes elementos:

1) Existencia de información precontractual suficiente (folleto y oferta vinculante).
2) Redacción de la cláusula 3 bis clara, precisa y comprensible.
3) Posibilidad real de comparación entre un préstamo referenciado al IRPH y otros referenciados a índices oficiales alternativos.

Dado que la cláusula supera el control de transparencia formal, el Tribunal concluye que no procede la realización del control de abusividad.

Sentencia del Tribunal Supremo 1591/2025, de 11 de noviembre

En esta resolución, en cambio, el Tribunal Supremo declara que la cláusula no supera el control de transparencia y, en consecuencia, procede a efectuar el control de contenido para valorar si existe abusividad.

La fundamentación principal es que el uso del IRPH no generaba un coste significativamente superior al que hubiera resultado de emplear otros índices de referencia disponibles en el mercado en julio de 2008, que es la fecha en la que se formalizó el préstamo. Para ello, el Tribunal analiza los tipos oficiales vigentes en esa fecha:

- Euríbor: **5,393 %**
- IRPH: **6,044 %**
- Tipo medio de hipotecas en 2008: **5,29 %**
- Tipo medio para préstamos hipotecarios de Cajas de Ahorros y Bancos: **5,20 %** y **5,29 %**

A partir de esta comparación, el Tribunal concluye que no puede considerarse abusivo toda vez que no vulnera la buena fe objetiva ni produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, máxime

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

cuando dicho índice había sido recomendado por las administraciones públicas en materia de vivienda protegida. Además, la valoración de la posible abusividad debe realizarse en el momento de la contratación y no en atención a una posible evolución posterior en el mercado.

IV. IMPACTO PROCESAL Y ESTRATÉGICO DE LA DOCTRINA DE 2025

Las SSTS 1590/2025 y 1591/2025 no solo fijan criterios sustantivos, sino que tienen consecuencias en los procesos en curso. A continuación, se señalan las más relevantes.

1. Carga de la prueba

El Supremo reafirma que corresponde al consumidor acreditar la falta de comprensión real del índice o la insuficiencia de la información suministrada. Esto supone una vuelta al esquema tradicional:

- El banco debe acreditar la entrega del folleto y de la oferta vinculante
- El consumidor debe demostrar que esa información fue insuficiente o incomprensible

La inversión de la carga probatoria típica en materia de consumo no opera aquí con la misma intensidad que en casos como cláusulas suelo o gastos hipotecarios, lo que podría explicar el menor porcentaje de estimaciones judiciales en materia IRPH.

2. Relevancia de la fecha de contratación

La valoración se realiza *ex ante*, no a partir de la evolución posterior del índice. Esto obliga a los litigantes a reconstruir un contexto histórico en el momento de la contratación:

- Tipos oficiales vigentes
- Índices alternativos accesibles
- Políticas públicas sobre vivienda
- Recomendaciones administrativas

La sentencia de noviembre de 2025 refuerza la idea de que la abusividad no puede basarse en el comportamiento del índice con el paso del tiempo, lo cual cierra definitivamente la puerta a argumentaciones centradas únicamente en la comparación con el Euribor, sino que lo que debe tomarse en consideración es el estado del índice escogido en el momento de la contratación.

3. Imposibilidad de un control sobre el precio

La doctrina de 2025 consolida que el IRPH no puede ser enjuiciado como si fuese una cláusula suelo, pues:

- No fija un límite mínimo

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- No modifica unilateralmente el equilibrio del préstamo
- No constituye un elemento accesorio, puesto que es el propio precio del contrato

Los tribunales, por tanto, no pueden controlar si el índice es "caro" o "barato", sino únicamente evaluar si su incorporación fue transparente.

4. Consecuencias en caso de nulidad

La declaración de nulidad conlleva dos problemas prácticos que siguen generando litigiosidad:

- Determinar qué índice sustituye al IRPH si se expulsa del contrato.
- Determinar cómo recalcular cuotas e intereses.

Aunque el TJUE ha admitido la sustitución por un índice legal (como el Euribor) para evitar la nulidad total del contrato, el Supremo tiende a evitar este escenario al considerar que la transparencia suele superarse o, en caso contrario, la abusividad no se acredita.

V. CONCLUSIÓN

A la vista de la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal, el debate del IRPH muestra que nos encontramos ante una materia en la que confluyen elementos técnicos, financieros y de derecho del consumo. El Tribunal Supremo, especialmente tras las sentencias de noviembre de 2025, consolida un criterio que puede sintetizarse del siguiente modo:

1. **La transparencia formal se satisface con la publicación oficial del índice, pues permite al consumidor acceder a su definición, naturaleza y forma de cálculo.**
2. **La transparencia material debe analizarse caso por caso, valorando la información efectivamente entregada en el momento precontractual y el nivel de comprensión del prestatario.**
3. **La falta de transparencia no implica nulidad automática, sino que abre la puerta al examen del control de abusividad, cuya acreditación recae sobre el consumidor.**
4. **La abusividad no puede basarse en la evolución posterior del índice, sino en su adecuación a los parámetros de buena fe y equilibrio en el momento de la contratación.**
5. **El IRPH no puede calificarse globalmente como abusivo, pues:**

- Es un índice oficial.
- Responde a una metodología objetiva fijada por el Banco de España.
- Fue empleado por las Administraciones públicas en materia de vivienda protegida.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

6. **El análisis debe ser individualizado, evitando soluciones automáticas y atendiendo al contexto normativo e informativo vigente en cada momento histórico.**

En suma, la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en 2025 cierra buena parte de las incertidumbres existentes, pero mantiene un espacio significativo para la valoración judicial. El Tribunal Supremo no considera abusiva una cláusula hipotecaria en la que los intereses variables se referencian al IRPH, aunque sea una condición general de contratación predispuesta por la entidad financiera se trata de un índice definido y regulado legalmente. La clave seguirá residiendo en la prueba: la capacidad de cada parte para acreditar qué información se suministró, qué conocimiento podía tener el consumidor y cómo influyó ello en su decisión de contratar.

Todo ello nos lleva a concluir que el examen debe realizarse de forma individualizada, caso a caso, para analizar si la referida cláusula supera el control de transparencia e incorporación en el contrato. Aquí no cabe declarar la nulidad *per se* de la cláusula como sucedió con otras cláusulas insertas en el contrato -declaradas abusivas-, sino que debe probarse por la parte que ahora reclama la nulidad, que en el momento de la contratación no dispuso de los medios necesarios que tenía a su alcance para comprender el contenido y significado de la misma.

Con ello, el IRPH se consolida como una materia en la que la jurisprudencia ha evolucionado hacia un modelo de control técnico, ponderado y singularizado, alejándose definitivamente de posiciones maximalistas tanto a favor como en contra del índice.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Auto TJUE de 17 noviembre de 2021 (C-655/2020).

Auto TJUE de 17 de febrero de 2023 (ECLI:EU:C: 2023:134).

ADN JURÍDICO. LEFEBVRE – EL DERECHO. Hipotecas multidivisa y referenciadas al IRPH. Última jurisprudencia. Ed. Lefebvre, 2025.

AGÜERO ORTIZ, ALICIA. IRPH validez y nulidad. La reciente STJUE 12-12-2024. Ed. Sepin, 2025.

ARANZADI LA LEY. Ed. Aranzadi, 2025.

Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

IBERLEY. Cláusula IRPH en Préstamos Hipotecarios. Paso a paso. Ed. Colex, 2025.

MOLINUEVO, OSCAR. ABOGACÍA GENERAL ESPAÑOLA. 19 de noviembre de 2025.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

EL *DIES A QUO* DEL ABONO DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS A LOS HIJOS MENORES EN LOS CASOS DE CAMBIO DE FACTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA FIJADA EN SENTENCIA

Arturo Jesús Monsalve Díaz

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas

SUMARIO: *I. Cuestión jurídica que aborda este trabajo. II. Marco normativo y su génesis. Antecedentes legales. III. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. IV. Conclusiones. Análisis crítico de la situación. Fraude de ley. V. Reseña de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo utilizada en este trabajo.*

I. CUESTIÓN JURÍDICA QUE ABORDA ESTE TRABAJO

Este artículo aborda una realidad que se repite en muchos casos de separaciones judiciales, divorcios, nulidades y procedimientos de medidas sobre guarda y custodia de menores, en los cuales, cuando el hijo supera los 12 años de edad y tiene suficiente juicio y madurez, plantea un cambio, de facto, de la guarda y custodia, atribuida en sentencia a uno de los progenitores y estos aceptan dicho cambio y el menor pasa a convivir con el otro progenitor sin regularizar judicialmente dicho cambio en el momento en que éste se produce, ya que en la práctica, el progenitor que pasa a ostentar de facto la guarda y custodia exclusiva del hijo menor, suele esperar un tiempo prudencial para lograr la adaptación del mismo a su nueva residencia, antes de decidir el ejercicio de la acción legal de modificación de medidas para regularizar judicialmente la nueva situación. Esta cautela resulta lógica, pues la modificación de medidas basada en un cambio de facto de la guarda y custodia del menor debe ser sustancial y esto exige una situación de consolidación del hijo menor en su nuevo domicilio con su nuevo progenitor, que pasa a ostentar su guarda y custodia exclusiva de hecho, pero no de Derecho.

Ante esta situación, es posible que el progenitor que ostenta la custodia legal conforme a la previa sentencia judicial, se acoja a su derecho de ser el perceptor de la pensión alimenticia del menor, negándose en base a ello a pasar al otro progenitor cantidad alguna por la manutención del menor.

Así las cosas, cuando dicha situación de facto se consolida, el progenitor que está con su hijo acude al procedimiento legal de modificación de medidas planteando el cambio de guarda y custodia y exigiendo al otro una pensión alimenticia. La cuestión que se plantea en este artículo es: ¿el *dies* a quo del abono de la pensión alimenticia a cargo del otro progenitor debería situarse en el momento del cambio de facto de la guarda y custodia o sólo a partir de la fecha de interposición de la demanda de modificación de medidas, conforme establece la literalidad del párrafo primero del artículo 148 del Código Civil?

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

II. MARCO NORMATIVO Y SU GÉNESIS. ANTECEDENTES LEGALES

El precepto legal que se invoca y aplica en la práctica para decidir esta cuestión es el artículo 148 del Código Civil, que establece lo siguiente en su párrafo primero: *La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos,* ***pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.***

Puede sostenerse, sin caer en la hipérbole, que la aplicación rígida de este precepto legal a la situación aquí contemplada conduce a amparar conductas contrarias a la buena fe del progenitor que, aunque titular legal de la guarda y custodia, ha dejado de ejercerla en favor del otro durante un plazo de tiempo considerable y que se aprovecha de dicha situación jurídica para exonerarse de su obligación de pago durante todo el tiempo que ha transcurrido entre el cambio de facto de la guarda y custodia y la fecha de interposición de la demanda de modificación de medidas.

El artículo 3.1 del Código Civil obliga a los tribunales a interpretar las normas según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

A la luz de dicho mandato interpretativo, se hace preciso escudriñar cuáles son los antecedentes históricos y legislativos del artículo 148 del Código Civil y si los mismos se compaginan con la realidad social y jurídica actual.

Lo primero que llama la atención es que el citado párrafo primero del artículo 148 del Código Civil no ha sufrido modificaciones desde su redacción original promulgada el 25/07/1889 y que entró en vigor a partir del 16/08/1889.

Ahondando en lo anterior, en esa época a la que se retrotrae la redacción actualmente vigente de dicho párrafo legal no existía el divorcio tal y como lo entendemos hoy, esto es, como ruptura definitiva del vínculo matrimonial, pues aunque se le denominaba así en el Código Civil, en realidad se trataba de una separación legal, ya que admitía la reconciliación sin ruptura del vínculo matrimonial. Este denominado divorcio exigía causas culpabilísticas para poder decretarse y sólo permitía atribuir la custodia y Patria Potestad de los hijos al cónyuge "inocente" del divorcio y si ambos eran "culpables", a un tutor; sólo a la muerte del cónyuge inocente el culpable podía recuperar la Patria Potestad y sus derechos sobre los hijos menores, siempre que el motivo de la culpa no fuera distinto al adulterio, al maltrato de obra o las injurias graves (art. 73 del Código Civil en su versión vigente en 1889). En caso de nulidad matrimonial, si ambos cónyuges hubieran obrado de buena fe, los hijos varones mayores de tres años quedaban en poder del padre y las hijas al cuidado de la madre. Si la buena fe sólo residiese en uno de los cónyuges, quedarían en su poder y cuidado los hijos de ambos

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

sexos. Y si ambos cónyuges hubieran obrado de mala fe se les proveería a los hijos de un tutor legal (art. 70 del Código Civil en su versión vigente en 1889).

Así las cosas, en esta época, estando predeterminado legalmente el cónyuge paterno o materno que ostentaría la guarda y custodia de los hijos del matrimonio en función de en cuál de ellos residiese la culpa del divorcio o de la nulidad, el artículo 68 del Código Civil, en su versión vigente de 1889, establecía el deber del padre de abonar una pensión alimenticia a la mujer y a los hijos bajo la custodia de ésta. Al revés no, dada la injusta e ilegítima dependencia económica y legal que tenía en esta época la mujer del varón, hasta el punto de que, admitida la demanda de divorcio o nulidad, la mujer debía ser "depositada" "en los casos y forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil", lo que da idea del poco respeto a los derechos y dignidad de la mujer que había en esa época (art. 68 del Código Civil, en su redacción vigente en 1889).

Tal y como se aprecia, el contexto legislativo de esa época histórica en el que se desenvuelve la redacción del párrafo primero del artículo 148 del Código Civil –que permanece vigente- establecía un sistema rígido predeterminado de atribución de la guarda y custodia. En este contexto histórico y legislativo, dicho precepto sustantivo no estaba pensado para casos de cambios de facto de la guarda y custodia, pues en los casos de divorcio o nulidad matrimonial, a los hijos menores no se les escuchaba para dicha decisión y la atribución de la custodia legal era rígida. Además, los hijos extramatrimoniales quedaban fuera de dicho marco de protección legal que tenían los hijos matrimoniales, si bien les cabía la posibilidad de demandar una pensión alimenticia, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, si estaba acreditada su filiación.

Este antecedente legislativo en que se desenvuelve el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil, que ha permanecido incólume desde 1889 hasta hoy, lo que nos está diciendo es que la retroactividad del pago de la pensión alimenticia a la fecha de interposición de la demanda de alimentos tenía pleno sentido en esa época decimonónica en que dicho precepto fue redactado, donde no cabía el cambio de la guarda y custodia de hecho de los hijos menores con repercusiones judiciales a posteriori. Pero dicho precepto legal no responde a la realidad jurídica y social actual en lo que concierne el tema aquí tratado, pues en nuestro actual ordenamiento jurídico hay obligación de escuchar y tener en cuenta el criterio de los menores mayores de doce años en los asuntos que les afecten (artículo 2.5. a) y 9 de la Ley Orgánica del Protección Jurídica del Menor, el artículo 12.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y artículos 154 y 159 del Código Civil) y donde cabe la posibilidad de que se produzca un cambio de facto de su custodia, que luego sirva de base a una modificación legal de la misma en un procedimiento de familia.

Así las cosas, la aplicación rígida del párrafo primero del artículo 148 del Código Civil a casos como el analizado en este trabajo considero que no resulta idóneo, pues la solución que aplica el mismo está pensada para una

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

época histórica y legislativa donde no cabía el cambio de facto de la custodia de los hijos con posteriores efectos judiciales, cosa que sí ocurre en la actualidad.

III. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión considerando que en estos casos no nos hallamos ante el supuesto de un cambio de la pensión alimenticia ya fijada previamente en una sentencia anterior -en cuyo caso la obligación de pago de la pensión sería desde la fecha del dictado de la nueva sentencia que modificara la anterior, conforme al artículo 106 del Código Civil-, sino ante la instauración de una nueva pensión alimenticia a favor del otro progenitor (otrora el obligado a pagarla) y que, a través de un procedimiento de modificación de medidas, reclama legalmente la guarda y custodia que ha venido ejerciendo de facto y una pensión alimenticia del progenitor contrario, en cuyo caso la eficacia de la sentencia en cuanto al pago de dicha pensión por este último es desde la fecha de interposición de la demanda, conforme al párrafo primero del artículo 148 del Código Civil.

Así, la STS 162/2014, de 26 de marzo, Rec. 1088/2013, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que *cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente*.

La STS 183/2018, de 4 de abril, sigue la misma línea al realizar un repaso de la jurisprudencia habida hasta el momento en el asunto tratado, reiterando que la fecha a partir de la cual debe abonarse la pensión alimenticia cuando se instaura por primera vez en sentencia se retrotrae al momento de interposición de la demanda, conforme al artículo 148, párrafo primero del Código Civil, considerando dentro de este supuesto el caso aquí analizado del progenitor que ostentando la guarda y custodia de facto frente al que la ostenta por sentencia, insta una modificación de medidas, en cuya virtud éste último debe empezar a pagarle al primero una pensión alimenticia para la manutención del hijo menor desde la fecha de interposición de la demanda: *Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio: Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014. Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).*

En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda*". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.*

En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n° 1088/2013 , que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" . Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

No es este el caso. Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso (sentencia 696/2017, de 20 de diciembre)*.

La STS nº 459/2018, de 18 de julio (rec. 112/2018, IdCendoj: 28079110012018100454), reitera el mismo criterio, declarando, en lo que aquí interesa, lo siguiente: ***Los presentes recursos traen causa de demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio, por la que se aprobó el convenio regulador suscrito entre las partes, y en la que el padre solicita la atribución de la guarda y custodia de uno de los dos hijos menores en común, con establecimiento de la correspondiente pensión alimenticia.***

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Por la parte demandada se formula reconvención, solicitando que el importe de la pensión alimenticia a abonar por el padre en favor de los dos hijos comunes se fije atendiendo a las nuevas circunstancias económicas de los progenitores.

Por el juzgador de primera instancia se desestima la demanda ejercitada y se estima la reconvención formulada de contrario, en el sentido de fijar el importe de la pensión alimenticia con cargo al padre en 1.000 euros mensuales (a razón de 500 euros por cada uno de los hijos).

Sentencia de segunda instancia

Frente a la citada resolución se ejercita por el padre recurso de apelación, que es sustancialmente estimado por la Audiencia Provincial. Considera la sala de apelación que resulta cumplidamente acreditado que la hija en común, respecto de la que se debate la guarda y custodia, viene residiendo en compañía del padre desde el mes de septiembre de 2015, situación que asumió expresamente la madre con carácter temporal, y que la propia menor, de 17 años de edad, ha expresado de forma inequívoca su voluntad de mantener su residencia actual. Entiende, asimismo la sala, que el padre reúne las actitudes y condiciones necesarias para asumir de modo responsable y en beneficio de la menor su custodia.

Por todo ello, la Audiencia Provincial atribuye al padre la guarda y custodia de su hija, fijando en la suma de 150 euros los alimentos que deberá abonar la madre. Y añade la sentencia de apelación que dado que la hija comenzó a vivir con el padre en septiembre de 2015, la pensión que a su favor se fija con cargo a la madre debe de retrotraerse al mes de octubre de dicho año, pues en otro caso se produciría un desplazamiento patrimonial carente de causa y determinante de un enriquecimiento injusto en favor de quien, en ese tiempo, no ostentaba de hecho el cuidado de su hija ni, en consecuencia, ha sufragado los gastos generados por la misma…

Alimentos. Fecha desde la que se perciben

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad al quedar concretado el motivo sustantivo de la infracción y la solución propuesta.

Se declara por esta sala en reciente sentencia 183/2018 de 4 de abril: 1. Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio: Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014.

Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).

En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013 , según la cual "debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC (EDL 1889/1) , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. 1088/2013 (EDJ 2014/42773), que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil (EDL 1889/1) establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

No es este el caso. Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso (sentencia 696/2017, de 20 de diciembre).

De lo expuesto en esta doctrina, en supuesto similar al analizado, debe concluirse que no se está declarando la retroactividad de la pensión alimenticia, sino que se fija como fecha a partir de la cual debe abonar la madre la pensión, la de septiembre de 2015 (fecha posterior a la presentación de la demanda), que es el mes en el que la menor pasó a vivir con su padre, por expreso deseo de la menor y por acuerdo escrito y temporal de padre y madre, mientras se sustanciaba el procedimiento, lo cual es

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

plenamente compatible con el art. 106 en relación con el art. 148, ambos del C. Civil , por lo que en este aspecto se desestima el motivo.

A la vista de dicha jurisprudencia, no he hallado un pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo que sitúe el *dies* a quo del pago de la pensión alimenticia en el momento de cambio de facto de la guarda y custodia, situándolo todas las sentencias analizadas a partir de la fecha de interposición de la demanda de modificación de medidas, por aplicación del párrafo primero del artículo 148 del Código Civil, al considerar que se trata de un caso de instauración de una nueva pensión alimenticia y que hasta el momento de interposición de la demanda la obligación del nuevo alimentante no estaba determinada.

IV. CONCLUSIONES. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN. FRAUDE DE LEY

Si bien es cierto que el artículo 148, párrafo primero, del Código Civil, establece que los alimentos entre parientes no se abonarán sino desde la fecha de interposición de la demanda, considero que la aplicación literal de este precepto a supuestos como el analizado no tiene en cuenta la realidad social actual a la hora de interpretar dicha norma, en relación con sus antecedentes históricos y legislativos tal y como exige el artículo 3.1 del Código Civil.

El párrafo primero del artículo 148 del Código Civil mantiene su redacción primigenia de 1889, cuando fue promulgado el Código Civil, momento histórico en el que no cabía el cambio de facto de la custodia de los hijos con posteriores efectos judiciales, ya que la custodia de los hijos menores venía determinada rígidamente a favor del cónyuge no culpable del divorcio o la nulidad, sin contemplarse posibilidad de cambio alguno. Así, el cónyuge culpable sólo podía recuperar la custodia si fallecía el inocente siempre y cuando las causas por la que se hubiera decretado el divorcio fueran las de adulterio, maltrato de obra o injurias graves.

En este contexto histórico y legislativo, tenía pleno sentido que el *dies* a quo del pago de la pensión alimenticia fuera a partir de la fecha de interposición de la demanda de alimentos, pues antes de ésta, el obligado a pagar los alimentos podía desconocer su obligación y, sobre todo, ésta no estaría determinada, por lo que exigir su pago antes de la fecha de interposición de la demanda comprometería el principio de seguridad jurídica.

Sin embargo, en supuestos como el aquí analizado, ya existe una obligación legal en curso de ambos progenitores para la manutención del menor, derivada de la previa sentencia de separación, divorcio, nulidad o de medidas judiciales sobre el menor, si bien es cierto que, como tal pensión alimenticia, sólo es a cargo de uno de los progenitores, sin embargo, el otro progenitor, el que ostenta legalmente la guarda y custodia del menor por sentencia previa, también tiene la misma obligación de mantener con su economía al mismo, conforme al artículo 154.1º del Código Civil.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Por tanto, si se produce un cambio de facto de la guarda y custodia del menor y el progenitor que no la ejerce de hecho no contribuye en nada a su mantenimiento, aprovechándose de la situación judicial a su favor, esto es, de que sigue siendo en sentencia el titular del cobro de la misma y de la guarda y custodia, considero que esto constituye una situación de ejercicio del derecho contrario a la buena fe, al sobrepasarse los límites normales del ejercicio del derecho con daño al otro progenitor que ha ejercido la guarda y custodia de hecho y que, a la postre, se ha visto obligado a mantener en su totalidad al menor, ante la pasividad del otro progenitor que se aprovecha de su titularidad legal de la guarda y custodia del menor para no contribuir con cantidad alguna a su manutención.

Este tipo de situaciones no se preveían cuando se redactó el artículo 148 del Código Civil en 1889, pero existen en nuestra realidad desde hace tiempo y cada vez con más frecuencia. El ordenamiento jurídico debe dar una respuesta acorde a la realidad social de nuestro momento que no se colma, a mi juicio, aplicando en estos casos la literalidad de dicho precepto legal, pues ello conlleva amparar un ejercicio del Derecho contrario a la buena fe y abusivo por parte del progenitor que, escudándose en su titularidad por sentencia judicial previa de la guarda y custodia del menor, pese a que ya no la ejerce en la realidad, pretende abonar la pensión alimenticia al menor sólo desde la fecha de la interposición de la demanda y no desde la fecha anterior del cambio de facto de dicha guarda y custodia, haciendo así oídos sordos a la realidad de que el hijo menor precisa una manutención constante de ambos progenitores y que esa necesidad de alimentos es inmune al hecho de que el progenitor con el que convive no sea el que tenga atribuida por una previa sentencia judicial su guarda y custodia, pues se trata de una necesidad subsistente desde que el menor nació respecto de la cual deben contribuir legalmente a su satisfacción ambos progenitores, conforme al artículo 154.1º del Código Civil.

No desvirtúa lo expuesto el argumento de que, para evitar dicho ejercicio abusivo del derecho, el progenitor que ejerce la guarda y custodia de hecho del menor debería interponer la demanda de modificación de medidas exigiendo el pago de la pensión alimenticia al otro progenitor desde el mismo momento en que se produce dicho cambio de facto de la guarda y custodia, armonizando así la realidad de hecho con la literalidad del párrafo primero del artículo 148 del Código Civil, pues este razonamiento obvia que debe haber una situación de consolidación del menor en su nueva residencia y esto implica el transcurso de un tiempo razonable de adaptación del menor antes de poder exigir el progenitor que ostenta la custodia de hecho ante los tribunales el cambio legal de la guarda y custodia, ya que el artículo 90.3 del Código Civil, en relación con el 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en la previa sentencia para que se produzca una modificación de las medidas acordadas en ésta.

Por todo lo expuesto, considero que en la situación analizada en este trabajo, la interpretación en estos casos del párrafo primero del artículo 148 del Código Civil, más acorde al mandato interpretativo del artículo 3.1 del Código Civil, es la de abonar la pensión alimenticia impuesta en la nueva sentencia de modificación de

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

medidas desde el momento en que se produce el cambio de hecho de la guarda y custodia, pues un derecho nunca puede utilizarse como escudo para exonerarse de una obligación legal preexistente, como es la de contribuir a la manutención de un hijo menor, obligación que no queda interrumpida por el hecho de que la demanda de modificación de medidas interpuesta sea posterior al cambio de facto de la guarda y custodia.

Esta conducta del progenitor que así se conduce, escudándose en su titularidad judicial de la guarda y custodia del menor, es subsumible en el fraude de ley proscrito por el artículo 6.4 del Código Civil, pues se trata de un acto –en este caso, la omisión de contribuir con cantidad alguna al menor en el periodo comprendido entre el cambio de facto de la guarda y custodia y la interposición de la demanda de modificación de medidas al respecto por el otro progenitor- realizado al amparo del texto de una norma (en este caso el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil, que sólo obliga a abonar los alimentos desde la fecha de la demanda) que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, pues éste le obliga a contribuir como progenitor a la manutención del menor, conforme al artículo 154.1º del Código Civil.

El supuesto analizado encaja de lleno en el fraude de ley, tal y como ya viene perfilado desde hace tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la ya lejana sentencia STS 1169/2000, de 21 de diciembre, que aplica la doctrina jurisprudencial habida con anterioridad a la misma, lo define así en su fundamento de derecho séptimo: *Respecto al fraude de Ley, también estimado por la recurrida en su F.J. 5º transcrito y, objeto del Motivo Quinto del recurso, se ha declarado por este Tribunal: "...que el fraude de ley, es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, e implica, en el fondo, un acto "contra legem", por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el "fraus alterius o fraus homini" implica, con carácter general, un "fraus legis", que requiere como elemento esencial, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley, como, con reiteración ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 6 de febrero de 1957, 13 de junio de 1959, 1 de abril de 1965, 2 de mayo de 1984 , 1 de febrero de 1990, 20 de junio de 1991 y 17 de marzo de 1992; con lo que se ha de ver si concurre o se halla ausente el presupuesto del denunciado fraude, que no es otro que el logro de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico..." (S. 29-7-96).*

En el caso aquí analizado, considero que concurren los requisitos legales y jurisprudenciales para apreciar el fraude de ley del artículo 6.4 del Código Civil, tal y como viene siendo perfilado desde hace tiempo por el Tribunal Supremo. El progenitor con custodia legal, pero que no la ejerce en la realidad, al dejar de pagar la pensión alimenticia de su hijo menor, pese a residir y estar bajo la custodia de hecho del otro progenitor, en tanto en cuanto no sea demandado a través de un procedimiento de modificación de medidas, se está

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

escudando en un precepto legal, el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil, que literalmente lo ampara, para dejar de cumplir con su ineludible obligación paterno filial de contribuir a la manutención del hijo menor, que impone a ambos progenitores el artículo 154.1º del Código Civil. Por tanto, tal y como ha perfilado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ese progenitor se está valiendo de dicho subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, e implica, en el fondo, un acto "contra legem", por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, violando así el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga conciencia o no de burlar la ley, pues el espíritu de la norma es que ambos progenitores contribuyan ininterrumpidamente a la manutención del hijo menor, sin ampararse en subterfugios legales para interrumpir y así eludir su obligación

En su consecuencia, considero que es una postura jurídica defendible, en base a los razonamientos jurídicos expuestos, que ante este tipo de situaciones se situé el *dies* a quo del pago de la pensión alimenticia a partir de la fecha del cambio de hecho de la guarda y custodia del hijo menor, una vez se fije en la nueva sentencia de modificación de medidas la pensión alimenticia a cargo del otro progenitor, otrora titular de la guarda y custodia. Y si este progenitor ya hubiera venido abonando cantidades a cuenta para la manutención del hijo menor, tras el cambio de facto de la guarda y custodia, éstas deberían descontarse de su obligación de pago, para evitar la duplicidad en el pago y el enriquecimiento injusto.

V. RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO UTILIZADA EN ESTE TRABAJO

STS 162/2014, de 26 de marzo.

STS 183/2018, de 4 de abril.

STS 459/2018, de 18 de julio.

STS 1169/2000, de 21 de diciembre.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM" Y "REFORMATIO IN PEIUS". Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1635/2025

Jordi Pérez Camacho

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de La Palma

SUMARIO: *I. Controversia suscitada. II. Iter procesal. III. Las garantías del recurrente en apelación. IV. La prohibición de reforma peyorativa. V. Doctrina del Tribunal Supremo. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía y Jurisprudencia*

I. CONTROVERSIA SUSCITADA

La Sentencia del Tribunal Supremo 5083/2025 constituye un pronunciamiento de notable interés estratégico y doctrinal. Su interés reside en el análisis de las garantías procesales fundamentales que amparan a todo recurrente. El Alto Tribunal aprovecha este caso para reforzar los principios de *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto se devuelve como se apela) y, de forma central, la prohibición de la *reformatio in peius* (reforma en perjuicio)[1].

El problema central que se plantea ante el Tribunal Supremo y que da lugar a esta sentencia es una paradoja procesal: la única recurrente en apelación, vio cómo su situación económica empeoraba a causa de su propio recurso, a pesar de que este fue parcialmente estimado por la Audiencia Provincial al eliminarse el límite temporal, su victoria formal se tradujo en una derrota material.

Como consecuencia de la anterior situación, se formula recurso de casación con un único motivo: La infracción de los arts. 216, 218, 465.5 LEC, en relación con el art. 24 CE, por considerar que la resolución impugnada ha resuelto extremos que no han sido pedidos por las partes con motivo del recurso de apelación, lo que supone la vulneración de los principios *tantum devolutum quantum appellatum*, y el de la *reformatio in peius*[2].

II. ITER PROCESAL

Con carácter previo cabe señalar que la sentencia objeto de análisis ha sito alterada, al objeto de conservar el anonimato de las partes. De sus Antecedentes de Hecho, se desprende que, en 2017, Doña Guillerma y Don Pedro Jesús firmaron un convenio regulador con un punto clave sobre la pensión compensatoria: En primer

[1] STS Sala 1ª 1635/2025, de 13 de noviembre.

[2] Cfr. Arts. 216, 218 y 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

lugar, Don Pedro Jesús pagaría a Doña Guillerma 180€ mensuales. A continuación, una vez D. Pedro Jesús se jubilara el pago se transformaría en el 40% de su pensión neta y sería vitalicia, es decir, para toda la vida.

Años más tarde, Don Pedro Jesús inició un nuevo proceso judicial para cambiar este acuerdo. Consideraba que la situación económica de ambos había cambiado de forma sustancial y que el pacto original ya no tenía sentido. El juez de primera instancia, analizó los números y vio que la situación económica había dado un vuelco. Don Pedro Jesús cobraba una pensión de jubilación de unos 650€. De ahí, pagaba el 40% (unos 260€) a Doña Guillerma. Tras pagar también un préstamo, a él le quedaban apenas 250€ para vivir. En cambio, Doña Guillerma, que recibía su propia pensión de 527€, sumaba los 260€ de la pensión compensatoria, alcanzando unos ingresos de casi 780€. Al ver que el desequilibrio no solo había desaparecido, sino que se había invertido, el juez consideró injusto mantener la pensión de por vida, pero estableció un límite de dos años (hasta junio de 2025) para que la situación se equilibrara definitivamente.

Doña Guillerma, no conforme con la sentencia de primera instancia, apeló ante la Audiencia Provincial, únicamente el límite de tiempo. Estaba de acuerdo con seguir recibiendo el 40% de la pensión de su exmarido, pero quería que volviera a ser vitalicia, como se pactó originalmente. Este tribunal coincidió en que las circunstancias habían cambiado, pero, a diferencia del juzgado de Primera Instancia, consideró que cierto desequilibrio económico se mantendría en el tiempo. Por eso, restauró el carácter vitalicio de la pensión. Sin embargo, recalculó la cantidad y la fijó en 75€/mes, una cifra que consideró más equitativa dadas las nuevas pensiones de jubilación de ambos.

Esta decisión, aunque le devolvía el carácter vitalicio, perjudicaba económicamente a la recurrente a corto plazo (pasaba de cobrar unos 260€ a solo 75€). Sintiendo que el resultado de su apelación era injusto, decidió formular recurso de casación que da lugar a la sentencia objeto de análisis.

El Tribunal Supremo, en una sentencia que analiza minuciosamente las garantías del recurrente, centra su análisis en la infracción de los artículos 216, 218 y 465.5 de la LEC y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De esta manera, el examen del alto tribunal gira en torno a dos principios: *Tantum devolutum quantum appellatum* y, *Reformatio in peius*.

III. LAS GARANTÍAS DEL RECURRENTE EN APELACIÓN

La pregunta jurídica clave que el Tribunal Supremo resuelve, y que constituye el único motivo del recurso, es si la sentencia en apelación vulneró los principios *tantum devolutum quantum appellatum* y la prohibición de la *reformatio in peius* al reducir la cuantía de la pensión cuando este extremo no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En este sentido, como hemos señalado anteriormente, el recurso de casación se fundamenta de manera precisa en la "infracción de los arts. 216, 218, 465.5 LEC, en relación con el art. 24 CE". La respuesta a esta cuestión se encuentra, como veremos, en la doctrina consolidada del propio Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que, a continuación, desgranamos.

Tantum devolutum quantum appellatum y la Reformatio in peius

Comenzamos analizando el Principio "tanto deferido cuanto apelado, se transfiere lo que se apela", *"Tantum devolutum quantum appellatum".* El tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, que no deja de ser una manifestación del requisito de la congruencia en segunda instancia.[3] Mientras que, *"la reformatio in peius*" vendría a suponer que, la parte recurrente no puede ver empeorada su posición procesal en virtud de la interposición de un recurso, salvo que la contraparte igualmente hubiera recurrido o impugnado la resolución dictada. Ambos principios, recogidos normativamente en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dispone el art. 465.5 de la LEC que, "El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado."

La prohibición de la reforma peyorativa, es definida por el alto tribunal como, "un instrumento limitador del trasvase de la jurisdicción entre las instancias judiciales", que vendría a limitar al tribunal *ad quem*, de tal manera que su poder de decisión se circunscribe necesariamente a lo planteado por el apelante, sin que pueda dar a la parte recurrida lo que no ha pedido. En este sentido, la sentencia nos recuerda que, "la vigencia del principio dispositivo constriñe al tribunal a decidir lo planteado por el recurrente; es decir, a moverse en el marco del gravamen sufrido por este, que constituya el objeto de su recurso." De esta manera, podemos concluir que la prohibición de reforma peyorativa se encuentra ligada con los principios dispositivos, de congruencia, de interdicción de la indefensión y la tutela judicial efectiva. Precisamente, la tutela judicial efectiva nos abre la puerta para sostener su dimensión constitucional.

IV. LA PROHIBICIÓN DE REFORMA PEYORATIVA

La prohibición de la reformatio in peius se configura una salvaguarda procesal que impide al tribunal frente al que se recurre, agraviar la situación jurídica de quien ha recurrido en solitario.

[3] Sobre la delimitación del objeto del recurso, véase Art. 465.4 LEC.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Tal y como observamos, el Tribunal Supremo la define como un límite infranqueable a la potestad del tribunal *ad quem*, el cual queda vinculado estrictamente por el marco de la apelación.[4] Bajo esta lógica, el juzgador en segunda instancia no puede ejercer una jurisdicción plena que exceda lo solicitado, pues su actuación debe ceñirse al principio dispositivo —que marca el objeto del debate— y a la congruencia, asegurando que la resolución sea una respuesta fiel y exclusiva a las pretensiones de las partes. En definitiva, esta prohibición protege la tutela judicial efectiva, garantizando que el acceso a los recursos sea un derecho real y no una "trampa" procesal. Al impedir que el tribunal actúe de oficio en beneficio de la parte que no apeló, se evita que el recurrente sufra un empeoramiento de su condición inicial, eliminando así cualquier efecto disuasorio que castigue el ejercicio legítimo a la defensa.

Esta definición, es consecuencia de la dimensión que el Tribunal Supremo resalta de la prohibición de reforma peyorativa, lo que nos obliga a analizar con mayor detenimiento su relevancia constitucional.

Dimensión constitucional

La dimensión constitucional de la prohibición de reforma peyorativa es analizada en este recurso a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia STC 41/2008, de 10 de marzo, para destacar que la reforma peyorativa sólo adquiere relevancia constitucional en tanto se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión. Así pues, no toda reforma peyorativa en fase de recurso supondría una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, exigiéndose en su dimensión constitucional, adquirir una entidad determinante para apreciar una situación de indefensión en la parte recurrente[5].

V. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto al recurso de apelación, se condensa en diversas sentencias de las que podemos resaltar, sobre los principios *tantum devolutum quantum appellatum* y el de la reformatio in peius; las SSTS 712/2011, de 4 de octubre; 214/2016, de 5 de abril; 298/2020, de 15 de junio; 471/2020, de 16 de septiembre, 640/2022, de 4 de octubre; 1819/2023, de 21 de diciembre; 1016/2025, de 25 de junio y 1184/2025, de 21 de julio.

[4] STC 114/2001, de 7 de mayo. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las STC 28/2003, de 10 de febrero y STC 310/2005, de 12 de diciembre.

[5] Constitución Española, Art. 24. El Tribunal Constitucional vincula la prohibición de la reformatio in peius con el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Dicha doctrina se resume en, considerar que las facultades revisoras habrán de versar sobre las mismas pretensiones, las mismas oposiciones, las mismas pruebas y conclusiones; ahora bien, limitando su alcance a los puntos o cuestiones planteados en el recurso.

En cuanto a la interpretación del art. 465.5 LEC, coincide el Supremo en que, el citado precepto es manifestación de la regla latina *tantum devolutum quantum apellatum* (se transfiere lo que se apela), conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso. Esto es, tal y como hemos afirmado anteriormente, una manifestación del requisito de la congruencia en segunda instancia. De igual manera, se nos recuerda que, los límites expuestos ostentan además una indiscutible dimensión constitucional, en tanto en cuanto se hallan anudados al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 de la CE, en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión, que se proyecta en el régimen de garantías legales correspondientes a los recursos. Una vez más, el Tribunal Supremo nos recuerda la dimensión constitucional de esta garantía del recurrente. Al mismo tiempo que nos señalan que, *dentro de dichos límites se encuentra también la prohibición de la reforma peyorativa (reformatio in peius), que implica agravar la posición de la parte recurrente, que resulta perjudicada por el propio recurso interpuesto.*

A este respecto, la doctrina del Tribunal Supremo afirma que el recurso se rige por los principios rectores de la apelación recogidos en el art. 465.4 LEC. Por un lado, rige la prohibición de la *reformatio in peius*, que impide al órgano de apelación modificar el fallo en perjuicio del recurrente - aunque lo estime justo - salvo que dicha modificación sea consecuencia de la estimación del recurso o de la impugnación formulada por otra parte litigante. De igual manera, rige el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, según el cual el tribunal solo debe conocer de aquello que haya sido apelado, como proyección del principio dispositivo que rige el proceso civil.

En consecuencia, el principio de prohibición de la reformatio in peius actúa como una garantía de indemnidad para el recurrente. El Tribunal Supremo reitera que el recurso de apelación no habilita al tribunal *ad quem* para revisar de oficio pronunciamientos consentidos por la parte apelada. En el caso analizado, al no haber impugnado el esposo la cuantía de la pensión fijada en primera instancia, esta gozaba de fuerza de cosa juzgada parcial, impidiendo a la Audiencia Provincial reducirla unilateralmente bajo el pretexto de modificar su temporalidad.

VI. CONCLUSIONES

Como consecuencia del análisis pormenorizado de la STS 5083/2025, podemos extraer las siguientes conclusiones fundamentales que deben regir la aplicación de las garantías procesales en la segunda instancia:

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

El principio *tantum devolutum quantum appellatum* actúa como un blindaje del objeto del proceso en vía de recurso. El tribunal de apelación carece de jurisdicción para revisar pronunciamientos que han ganado firmeza por no haber sido impugnados, incluso si considera que el fallo de primera instancia es jurídicamente mejorable.

La prohibición de la *reformatio in peius*, no es solo una regla técnica, sino un derecho del recurrente a que el ejercicio de su defensa no se convierta en una "trampa" que agrave su situación inicial. Sin la garantía de que lo ganado se mantendrá a salvo si la contraparte no impugna, se produciría un efecto disuasorio incompatible con el derecho a los recursos legales.

La infracción de la congruencia en apelación, al resolver fuera de los límites del recurso en perjuicio del apelante, trasciende la legalidad ordinaria para situarse en la esfera de la vulneración de la tutela judicial efectiva. La indefensión se materializa cuando el tribunal *ad quem* actúa de oficio en favor de una parte que consintió la resolución de instancia.

La sentencia confirma que la extralimitación del tribunal de apelación no es una mera infracción procedimental del artículo 465.5 de la LEC, sino una vulneración directa del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en su vertiente de interdicción de la indefensión. La reforma peyorativa introduce un "efecto disuasorio" inadmisible en el sistema de recursos, pues obliga al justiciable a asumir el riesgo de perder lo ya ganado por el mero hecho de intentar mejorarlo.

Finalmente, en el presente caso, el Tribunal Supremo resuelve la controversia de forma pragmática.[6] Por un lado, permite que Doña Guillerma mantenga el 40% de la pensión durante los dos años que le otorgó el juez de instancia (respetando lo que no fue recurrido) y, por otra, una vez transcurrido ese plazo, entra en vigor la pensión vitalicia de 75€ fijada por la Audiencia. De este modo, se protege el beneficio inicial de la recurrente y se evita el perjuicio económico derivado exclusivamente de su propio recurso[7].

VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

STC 114/2001, de 7 de mayo.

STC 28/2003, de 10 de febrero.

STC 310/2005, de 12 de diciembre.

STC 204/2007, de 24 de septiembre.

[6] En relación con los criterios de fijación de la pensión, véanse Arts. 97 y 101 del Código Civil.
[7] STS Sala 1ª 1635/2025, op. cit., Fundamento de Derecho Quinto.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

STC 41/2008, de 10 de marzo.

STS 712/2011, de 4 de octubre.

STS 214/2016, de 5 de abril.

STS 442/2016, de 12 de mayo.

STS 622/2019, de 20 de noviembre (con cita a SSTS de 5 de noviembre de 2010 y 26 de septiembre de 2006).

STS 298/2020, de 15 de junio.

STS 306/2020, de 16 de junio.

STS 471/2020, de 16 de septiembre.

STS 640/2022, de 4 de octubre.

STS 1819/2023, de 21 de diciembre.

STS (Sala 1.ª) núm. 1635/2025, de 13 de noviembre (Recurso de Casación núm. 9249/2024; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg).

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

FORMAS IRREGULARES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO: UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA TRANSACCIÓN, RENUNCIA, DESISTIMIENTO Y ALLANAMIENTO. JURISPRUDENCIA APLICABLE

Daliana Tomey Soto

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

SUMARIO: *I. Introducción. II. Marco normativo general. III. La transacción. IV. La renuncia. V. El desistimiento. VI. El allanamiento. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La terminación del proceso civil sin una Sentencia resolviendo el fondo del asunto, es una manifestación del principio dispositivo y la autonomía de la voluntad de las partes, lo que plantea relevantes implicaciones jurídicas en cuanto a la disponibilidad del derecho, la economía procesal y la tutela judicial efectiva. La transacción, la renuncia, el desistimiento y el allanamiento permiten a las partes poner fin al litigio, su aplicación exige un análisis riguroso ya que, en función de la forma elegida, las consecuencias son diferentes pudiendo implicar la extinción del ejercicio del derecho, o la mera "pausa" para retomarlo después. Aunque todas comportan la terminación del proceso, tienen diferencias sustanciales por su naturaleza, consecuencias y utilidad en el ejercicio profesional. El objeto de este artículo es estudiar su regulación, tratamiento doctrinal y jurisprudencial. La jurisprudencia se estudiará de forma sistemática sin que se analice como un epígrafe independiente.

II. MARCO NORMATIVO GENERAL

La LEC regula estas figuras en los artículos 19 a 22 dentro del principio dispositivo de las partes sobre el objeto del proceso. La jurisprudencia ha perfilado sus efectos, límites y requisitos, especialmente en relación con la tutela judicial efectiva[1]. El artículo 19 LEC reconoce la posibilidad de terminar el proceso por acuerdo, transacción o renuncia estableciendo: *Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión. 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación, a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*.

El artículo 20 regula el desistimiento, el artículo 21 el allanamiento y el artículo 22 permite la suspensión por acuerdo entre las partes, y aunque no pone fin al proceso, sí implica un "lapsus temporal" de inactividad

[1] Artículo 24 Constitución Española.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

judicial, en el que pueden alcanzar acuerdos para terminarlo por *satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto*. Estas formas anómalas no significan que no haya una resolución terminando el proceso, sino que esta no es una Sentencia sobre el fondo, porque el juez no decide sobre la pretensión ejercitada, sino que se limita a validar (o no) la transacción, el desistimiento, la renuncia o allanamiento[2].

III. LA TRANSACCIÓN

Es un contrato en el que las partes acuerdan poner fin a la controversia mediante concesiones recíprocas. Requiere capacidad dispositiva y debe versar sobre derechos disponibles. La doctrina lo califica como negocio jurídico bilateral que produce efectos procesales y sustantivos. El Código Civil la define en su artículo 1809 como*: … un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*.

Se puede realizar en cualquier momento, incluso antes de la demanda y su eficacia depende de la homologación judicial si se está en esa vía. Podemos distinguir la transacción extrajudicial (fuera del proceso) de la transacción judicial (una vez iniciado). En este contexto, resulta pertinente su análisis desde la perspectiva de mecanismo para evitar el litigio, como vía habilitante para la admisión de la demanda y como fin del proceso.

Como requisitos de la transacción podemos enumerar los siguientes:

1) Que haya controversia entre las partes y quieran poner fin a la misma.
2) Concesiones recíprocas sin que se exija igualdad absoluta de los acuerdos ni la paridad de las concesiones, y sin que el acuerdo ni la voluntad estén viciados.
3) Tener poder de disposición suficiente y especial cuando se actúa a través de representante, para transigir sobre el objeto del litigio.
4) Si ya hay un proceso judicial iniciado, se presenta al juzgado que lo tramite y en su caso, se solicita la suspensión antes del juicio, porque si el juzgado desconoce el acuerdo y las partes no comparecen al juicio, se tendrá por desistido al actor.

Actualmente la transacción tiene una nueva regulación que obliga a reconsiderar su papel, no solo como figura extintiva del litigio una vez iniciado, sino como instrumento preprocesal que puede cumplir con el estándar

[2] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Otros modos de terminación del procedimiento: Renuncia y desistimiento," en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas (Editorial Aranzadi), 2011, BIB\2011\5397, pág. 3, acceso el 4 de octubre de 2025, Aranzadi LA LEY.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

de actividad negociadora exigido por la LO 1/2025 de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[3].

En la fase anterior a la demanda (fuera del proceso) hay que remitirse a la nueva ley que ha introducido una transformación sustantiva en el proceso civil al establecer los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC), no solo como instrumentos complementarios de resolución extrajudicial, sino como auténtico requisito de procedibilidad. Desde el 3/04/2025, el artículo 5 prevé que no se admitirá demanda alguna en el orden civil[4] o mercantil sin acreditar documentalmente el intento previo de solución extrajudicial del conflicto, mediante la negociación directa, mediación, conciliación, oferta vinculante confidencial, entre otras. Esta exigencia se proyecta también sobre figuras como la transacción, que pasa a desempeñar un papel estructural en la fase preprocesal, en tanto que su intento puede satisfacer el estándar de actividad negociadora exigido por la ley. Se acreditará presentando la transacción/conciliación/negociación al interponer la demanda, sin posibilidad de subsanación posterior, salvo excepciones. Esta reforma responde a una lógica de eficiencia y desjudicialización, alineada con el principio de buena fe procesal y la jurisprudencia del TJUE en materia de tutela judicial efectiva, como en la STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, Menini y Rampanelli[5].

La transacción, como manifestación de la autonomía de la voluntad, se erige en puerta de entrada obligatoria al proceso, y no solo en vía de escape de este. Pero, aunque las partes tienen plena disposición sobre el objeto el proceso, existen ciertos límites[6], no será válida cuando lo prohíba la ley o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Al ser un contrato, se le aplican los artículos 1810 a 1814

---

[3] Establece la LO 1/2025, de 2 de enero, en su Preámbulo: *(…) antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral (…).*

[4] Establece el artículo 5: *2. Se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la LEC, con excepción de (…): a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales; b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; d) la filiación, paternidad y maternidad; e) la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; h) el juicio cambiario. 3. No será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la interposición de una demanda ejecutiva, la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, la solicitud de diligencias preliminares ni para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con excepción de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, así como de los de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. Tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para presentar la petición de requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, (…) o solicitar el inicio de un proceso europeo de escasa cuantía (…) por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.*

[5] En esta Sentencia del TJUE, se establece que los mecanismos extrajudiciales obligatorios no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que no impidan el acceso a los tribunales, sean gratuitos o de bajo coste, y no causen demoras indebidas e injustificadas.

[6] Artículo 19.1 "in fine" LEC.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

CC[7]. Fuera de esas limitaciones, las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen, que no sean contrarios a la ley, la moral, o al orden público[8].

Dentro del proceso (fase judicial) el momento[9] puede ser en cualquiera de la instancia, recursos o ejecución de sentencia. También en recurso de casación -hasta el día para deliberación, votación y fallo-, debiendo el TS homologar el convenio transaccional, si cumple con los requisitos. Incluso cuando la transacción se produce sólo respecto de algunos demandados, continuando el recurso para el resto. Si se produce en 1ª instancia (juicio ordinario[10]) al inicio de la audiencia previa, se preguntará a las partes si lo han alcanzado porque el objeto de esta es (entre otros), intentar un acuerdo que ponga fin al proceso. Si se ha alcanzado o las partes dicen que pueden terminar el juicio, pueden desistir o solicitar la homologación. También pueden de común acuerdo, interesar la suspensión[11] para someterse a conciliación y si no se alcanza cualquiera de las partes puede solicitar que se alce la suspensión y continuar con el juicio.

Si las partes dicen que han llegado al acuerdo, se verifican los requisitos de capacidad y poder de disposición de los representantes. El artículo 25.2.1º LEC exige Poder Especial al Procurador para *la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto*. Cuando se alcanza el acuerdo, se presenta al Tribunal y el Juez dictará Auto homologándolo y poniendo fin al mismo, con efectos de cosa juzgada[12] y fuerza ejecutiva si se incumple[13], pero si no se presenta ni homologa, el procedimiento sigue. Si se termina el proceso hay que resolver sobre las costas, porque no hay previsión legal expresa. Algunas AAPP consideran que habrá de estar a la voluntad de las partes[14]. Como contrato que es,

---

7 Establece el ATS, Civil sección 1 del 11 de julio de 2006, Recurso: 720/2006 que: *No estando incurso lo convenido por las partes en prohibición legal, ni tampoco en limitación alguna por razones de interés general o en beneficio de tercero, que pudiera resultar de los artículos 1255 y 1810 a 1814 del Código Civil , permitiendo el apartado 3 del art. 19 LEC 2000 la transacción judicial en cualquier momento de los recursos, procede homologar dicho convenio a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del mismo art. 19 antes citado, y declarar terminado el litigio respecto de los firmantes del convenio, debiendo continuar el presente recurso respecto de los demás.*

8 Artículo 1255 Código Civil.

9 Artículo 19.2 y 3 LEC.

10 Artículos 414.1, 2º párrafo y 415.1 LEC.

11 Artículo 19.4 LEC.

12 Artículo 1816 Código Civil.

13 Artículo 415.2 LEC.

14 Establece el APP de Palma de Mallorca, Civil, de 22 de julio de 2005, nº 123/2005, que: *SEGUNDO.- Si el pacto sobre costas era reputado no vinculante para el juez en el régimen anterior a la reforma de 1984 en el que no existía una regulación específica sobre las costas procesales (…), con mayor razón carecerá de eficacia desde que existe un precepto procesal que rige esta materia o un régimen general para las costas (artículos 394 y concordantes de la LEC) normas que según la doctrina son de ius cogens, no disponibles por las partes, de manera que su aplicación depende sólo de los supuestos que los propios preceptos contemplan y no puede dejarse supeditada a los pactos o convenios que hayan podido mediar. No puede olvidarse, además, que el artículo 1168 del CC atribuye a los Tribunales la facultad de decidir respecto al pago de gastos judiciales con arreglo a la LEC, sustrayendo de la esfera de la autonomía de la voluntad el régimen de imposición de costas. Por ello ha señalado el TS que los pactos sobre costas no tienen carácter vinculante para el órgano jurisdiccional ya que, en caso contrario, se vulneraría la naturaleza imperativa de la norma procesal (…). TERCERO.- Ahora bien, en el*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

también puede ser declarado nulo si se aprecia Causa ilícita (nulidad radical apreciable de oficio) o Vicios del consentimiento (anulable si hay error[15], dolo[16], violencia[17] o falsedad documental). Pero una parte no puede oponer el error de hecho si se ha apartado, por la transacción, de un pleito comenzado[18].

En cuanto a sus límites, habrá que estar al tipo de procedimiento, hay particularidades en los asuntos sobre menores sujetos a patria potestad/tutela/personas con capacidad necesitada de apoyo. Por ejemplo la transacción sobre bienes y derechos de menores bajo patria potestad exige los mismos requisitos que su enajenación, o sea, utilidad o necesidad y autorización judicial previa, con audiencia del Ministerio Fiscal[19] (con excepciones). La transacción hecha sin la autorización es anulable, aunque surte efectos hasta que se ejercite la acción de nulidad. Además, hay diferentes reglas para la Transacción de las Personas Jurídicas[20], la Hacienda Estatal[21], el Patrimonio del Estado[22] y el Proceso Concursal[23].

En cuanto a sus efectos, el acuerdo homologado no es una sentencia, sino un convenio contractual que vincula a las partes al que se le aplican los trámites de ejecución de sentencias[24]. Pero no conlleva que ambas resoluciones se equiparen, porque la transacción no es sentencia, no tiene su contenido y efectos, porque no incluye un pronunciamiento judicial sobre el fondo pudiéndose impugnar[25]. Tampoco es equiparable a la sentencia, su contenido se limita al contraste de la capacidad de los otorgantes para transigir y que no contenga prohibiciones/limitaciones, sin valorar las pruebas o decidir sobre las pretensiones de las partes[26]. Así, no cabe asimilar el testimonio del auto de homologación del acuerdo con el testimonio de la sentencia[27].

caso de la transacción, la LEC carece de reglas con relación a las costas. De ello se desprende que en este supuesto de terminación anormal del proceso el legislador no ha querido regular la imposición de costas por lo que esta materia queda a disposición de las partes debiendo estarse a lo que libremente acuerden en el pacto transaccional.

15 Artículo 1266 Código Civil.

16 Artículo 1269 Código Civil.

17 Artículo 1267 Código Civil.

18 Artículo 1817 Código Civil.

19 Artículo 166 Código Civil.

20 Artículo 1812 Código Civil.

21 Artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

22 Artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

23 Artículo 119 del RDL 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

24 Articulo 415.2 Ley de Enjuiciamiento Civil

25 Artículo 1817 Código Civil.

26 Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 2015.

27 Resoluciones de la DGRN de fechas 7 de septiembre de 2017, y 18 de septiembre de 2017.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

IV. LA RENUNCIA

Implica el abandono total y voluntario de la pretensión por el actor y no requiere consentimiento del demandado. El TS aclara que la renuncia extingue el derecho sustantivo, no solo el proceso, debiendo ser expresa, clara, inequívoca y que no afecte derechos indisponibles[28]. Se puede plantear en cualquier fase procesal, aunque su admisión requiere verificación por el juez de que no vulnere DDFF ni se produzca fraude procesal.

El efecto directo es la deserción total de la acción y el derecho reclamado, es unilateral y tiene que aprobarla el juez, salvo si es contraria al orden público, a la ley o cauce perjuicio a un tercero. Al manifestar la renuncia, la parte no podrá volver a ejercitarla, exigiendo plena conciencia al invocarla y del derecho que se abdica. Este efecto pleno y extintivo se ha recogido en muchas sentencias: STS 279/2003, de 17 de marzo; STS 419/2018, de 3 de julio y SAP de Barcelona, 570/2018, de 26 de julio que estableció: *la renuncia de la acción, es decir, el no tener voluntad de continuar adelante con el procedimiento entablado y, sobre todo, el no tener voluntad de presentar una nueva demanda contra el demandado y de renunciar a ello.* Si hay dudas sobre su planteamiento, debe pedirse aclaración a la actora para evitar indefensión.

Por lo que, los requisitos para que la renuncia sea válida pueden sintetizarse en:

- Ostentar poder suficiente de disposición y especial para el Procurador,
- Voluntad clara, inequívoca y determinante de renunciar,
- Personal, sin condiciones, expresa o tácita, pero por actos concluyentes. La STS 381/1998, de 23 de abril, estableció: *…la jurisprudencia exige que la renuncia ha de ser no sólo personal, sino que, en cuanto a la forma, ha de revestir las características de ser clara, terminante e inequívoca (…).*

Como ejemplos de renuncia tenemos el caso del fallecimiento del actor y sus sucesores no quieran comparecer en el proceso[29] o la entrega de documento privado que demuestren un crédito, hecho voluntariamente por el acreedor al deudor, implicando la renuncia de la acción que el 1º tenía contra el 2º[30]. Sin embargo, hay ámbitos en que no se permite la renuncia, por ejemplo:

a) El derecho de alimentos, no es renunciable ni transmisible a terceros, pudiendo renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas[31].

[28] Artículo 19.1 LEC.
[29] Artículo 16.3 LEC
[30] Artículo 1188 Código Civil.
[31] Artículo 151 Código Civil.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

b) La acción de revocación de la donación por superveniencia de hijos[32].

c) La acción concedida al donante para la revocación por ingratitud de la donación[33].

d) La renuncia sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos (es nula), pueden reclamarla cuando muera aquel, pero colacionando lo recibido por la renuncia[34].

e) Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Los acreedores y cualquiera otro interesado en hacer valer la prescripción pueden usarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario[35].

f) En los procesos sobre medidas de apoyo a la discapacidad, filiación, matrimonio y menores[36]. Pero si las pretensiones ejercitadas son disponibles, sí pueden ser renunciadas.

g) El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La renuncia a su protección es nula, fuera de los casos de autorización o consentimiento[37].

h) La renuncia previa a los derechos de los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley conforme al art. 6 CC[38].

i) Los beneficios derivados de la ley sobre propiedad intelectual a los autores y a sus derechohabientes son irrenunciables, salvo disposición legal[39].

j) En la regulación del comercio minorista, cuando el comprador sea un consumidor, los derechos reconocidos a favor de este son irrenunciables[40].

k) También es nula la renuncia anticipada a los derechos que se conceden en la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico[41].

---

32 Artículo 646 Código Civil.

33 Artículo 652 Código Civil.

34 Artículo 816 Código Civil.

35 Artículo 1935 y 1937 Código Civil.

36 Artículo 751 LEC.

37 Artículo 1.3 de la LO 1/1982, de 55 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

38 Artículo 10, del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

39 Artículo 55 del RDL 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

40 Artículo 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista.

41 Artículo 16.2 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En cuanto a su tramitación, cuando el actor manifieste su renuncia el tribunal dicta Sentencia absolviendo al demandado, salvo que sea legalmente inadmisible, en cuyo caso se dicta auto continuando el proceso[42]. En este supuesto, habría que preguntarse a quién se impondrán las costas ya que no hay normas concretas. Ante esta ausencia de regulación, la jurisprudencia ha optado por uno de los dos siguientes criterios:

1) Imponer las costas al demandante, por equiparación al desistimiento. Se considera que, tanto la renuncia como el desistimiento, tienen el efecto de la terminación anormal del proceso, no debiendo diferenciar en uno u otro caso, ya que la función de las costas es resarcir a la demandada de los gastos causados cuando la pretensión no ha prosperado, se ha renunciado, se ha desistido sin conformidad ni acuerdo entre las partes[43].

2) Aplicar las normas generales en materia de costas. Se basa en que no faltan normas sobre las costas porque la LEC ordena dictar sentencia absolutoria, que implica una remisión a las disposiciones que la regulan, y entre ellas las relativas a las costas[44].

Por tanto, las costas deben imponerse al que renuncie, salvo que el tribunal aprecie serias dudas de hecho o de derecho; sin perjuicio de cómo incida la conducta de la contraparte en la fase de MASC[45].

V. EL DESISTIMIENTO

Se regula en el artículo 20 de la LEC, puede ser unilateral si el demandado aún no ha contestado a la demanda, o con consentimiento si ya lo ha hecho. En ambos casos, el desistimiento extingue el proceso pero no surte efectos de cosa juzgada, permitiendo una nueva demanda. El juez debe asegurarse de que no se vulneren derechos de 3º ni se incurra en abuso de derecho. Aunque es una herramienta útil para evitar la continuación de pleitos innecesarios, su uso debe ser estratégico, porque pueden imponerse las costas si se aprecia mala fe o temeridad. También se entiende implícito cuanto se produce la caducidad de la instancia, por la inactividad procesal de las partes. En el desistimiento hay 2 posibilidades: que el demandado preste su conformidad (el tribunal dicta auto de sobreseimiento) o que el demandado se oponga (el tribunal debe decidir sobre la continuación o no del procedimiento). El desistimiento (a diferencia de la Renuncia) solo tiene alcance procesal, no afecta a la acción ejercitada, pudiendo volver a plantearla si no ha prescrito o caducado. Pero, si el desistimiento se formula en sede de recurso, la resolución recurrida será firme y producirá efectos de cosa

[42] Artículo 20 LEC.
[43] SAP de Jaén, nº 23/2003, de 21 de enero, Recurso 4/2003.
[44] SAP Murcia nº 236/2004, de 1 de septiembre, Recurso 157/2004.
[45] Artículo 394.1 LEC.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

juzgada material, no pudiendo plantearse nuevamente. También requiere Poder especial del Procurador cuando este interviene.

Como expresa la SAP Barcelona 173/2005, de 29 de marzo, en sus FFDD Derecho: *SEGUNDO.- La LECiv (…) regula (art. 20) la renuncia y el desistimiento en 1º instancia, esta regulación legal (…) reconoce los dos mecanismos procesales y sus diferencias (…). El desistimiento es la declaración (…) del actor en el sentido de no querer la prosecución del proceso ya iniciado, provocando su terminación (extinción del proceso por voluntad del actor) sin pronunciamiento sobre la pretensión procesal que, al quedar imprejuzgada, puede ser admisiblemente interpuesta como objeto de un proceso posterior, así pues es la declaración unilateral del actor por la que tiene por abandonado el proceso, sin renuncia a la acción. El TC en sentencia 187/1990 de 26-11, tiene declarado que el desistimiento es una forma legítima de finalización de los procesos que responde al principio dispositivo que rige nuestro ordenamiento. El «desistimiento», de alcance meramente procesal, no es equiparable a la «renuncia», concepto que implica (…) vinculación con el Derecho material.*

La renuncia es un abandono de la acción, y por consiguiente del derecho, de carácter unilateral, en tanto que no precisa de la audiencia de la otra parte y que el Juez debe aprobar salvo cuando la Ley la prohíba o sea contraria al orden público o en perjuicio de tercero, y cuyo efecto relevante consiste en que la acción abandonada no puede volverse a ejercitar. El desistimiento del proceso (…), cuando se efectúa en primera instancia no impide volver a plantear la misma acción en otro proceso posterior. A causa de este efecto, y a partir de un determinado momento, el desistimiento tiene carácter bilateral, en cuanto que requiere la audiencia de la otra parte y la aprobación judicial (STS 4.3.04). La bilateralidad, no contemplada en la Ley más allá de las prevenciones del art. 20.3, es cuestión de interpretación que corresponde a los Tribunales ordinarios que deben velar porque no se cause indefensión o lesión alguna constitucional a la parte demandada (…), por tanto llegado el punto en que desistiendo la parte actora de su propósito, corresponderá el demandado que se opone fundamentar su postura en la existencia de un interés legítimo argumentado algún motivo razonable y estimable y en caso contrario la simple oposición formal al desistimiento sin alegar razones concretas no impedirán la conclusión del proceso. (…) La renuncia, en tanto que abandono definitivo de la acción (pretensión) que afecta al derecho material, hace preciso, respecto al sujeto, que tenga la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trata y, en cuanto al objeto, que el derecho sobre el que recaiga sea renunciable, así sólo procederá cuando no sea contraria a la ley, al interés o el orden público ni perjudique a terceros (art. 6.2 CC), la doctrina jurisprudencial exige que la misma sea explicita, clara y terminante. La renuncia deberá recogerse en sentencia, que absolverá al demandado de las pretensiones contra él deducidas (art. 20.1).

El desistimiento en los procesos sobre medidas judiciales de apoyo a la discapacidad, filiación, matrimonio y menores, requiere la conformidad del M. Fiscal. Pero hay excepciones como en los procesos de filiación, paternidad y maternidad, si no hay menores o personas con discapacidad o ausentes interesados; en los de

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que era menor ejercite, después de ser mayor de edad, la acción de nulidad; en los de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave; y en los de separación y divorcio. Así, las pretensiones que se formulen en estos procesos sobre materias disponibles por las partes, pueden ser objeto de desistimiento.

La tramitación del desistimiento se llevará a cabo de la siguiente forma:

a) Desistimiento anterior al emplazamiento/citación/demandado en rebeldía: El demandante puede desistir unilateralmente antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También en cualquier momento, cuando el demandado se encuentre en rebeldía.

b) Desistimiento una vez efectuado el emplazamiento para contestar a la demanda: Se pierde su carácter unilateral, y debe ser oído el demandado por su posible oposición. Si en la audiencia previa las partes manifiestan que han llegado a un acuerdo o se muestran dispuestas a concluirlo, pueden desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado[46]. Pero de no ser así, se le habrá tenido que dar traslado al demandado del escrito de desistimiento por 10 días. Si el demandado presta su conformidad o no se opone en ese plazo, el LAJ dictará Decreto acordando el sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto, pero si el demandado se opone, el juez debe resolver. En el juicio verbal, se entiende como desistimiento tácito, si el actor no asiste a la vista y el demandado no alega interés legítimo en continuar el proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, en cuyo caso, se le tendrá en el acto por desistido de la demanda, se le impondrán las costas, con condena a indemnizar al demandado comparecido si lo solicitara y acreditara los daños y perjuicios causados[47].

En materia de costas, sí existe previsión legal[48], si el desistimiento es aceptado por la demandada, no se condenará en costas a ninguno de los litigantes y, si no se ha aceptado, se impondrán las costas a la actora. Resulta relevante trasladar esta previsión al ámbito de los consumidores/usuarios cuando ejercitan acciones relativas a nulidad de condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas incluidas en préstamos hipotecarios. El criterio del TJUE en la materia ha evolucionado hacia una protección reforzada del consumidor, incluso en casos de desistimiento.

La STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19[49]) concretó aspectos trascendentales como que el desistimiento del consumidor no implica automáticamente su condena en costas.

---

46 Artículo 451.1 LEC.

47 Artículo 442.1 LEC.

48 Artículo 396 LEC.

49 Esta Sentencia determinó: *5) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Si el consumidor desiste tras la eliminación voluntaria de la cláusula abusiva por el banco, no debe ser penalizado con costas, salvo que el desistimiento sea abusivo o temerario.

Así, el TJUE considera que la protección del consumidor exige que no se disuada su acceso a la justicia, incluso si el litigio no se resuelve por sentencia. Lo que se conecta con el principio de efectividad del Derecho de la Unión: los consumidores deben poder ejercer sus derechos sin obstáculos procesales ni económicos desproporcionados. Doctrina recogida en la STS 301/2022, de 19 de abril, que en su FFDD Cuarto expresó: *3. Como la estimación del recurso de apelación no afecta a la declaración de nulidad de la cláusula suelo, (…) también debe mantenerse la condena a la entidad demandada al pago de las costas de la primera instancia, aunque la estimación de la demanda sea parcial, en aplicación de lo dispuesto por la STJUE 16 de julio de 2020 (…).*

VI. EL ALLANAMIENTO

Implica la aceptación del demandado de que su pretensión es infundada, dándole la razón a la demandante. El artículo 21 LEC lo regula, permitiendo al juez dictar sentencia estimatoria sin necesidad de continuar el proceso. Si es allanamiento total, el juez dictará sentencia estimatoria de la demanda, salvo que aprecie motivos no hacerlo. Como supone una renuncia de derechos del demandado, debe ser claro, expreso e inequívoco.

Pero no todo allanamiento es válido, debiendo ser rechazado (por Auto) si se hace en frade de ley, si supone renuncia contra el interés general, o supone perjuicio para un 3º. En cuanto al Fraude de Ley son los actos procesales que aunque parezcan legales *violen el contenido ético los preceptos o normas legales en que se amparan* conforme la STS 42/1999, de 23 de enero de 1999. En cuanto a la Renuncia contra el interés general[50] el allanamiento solo vincula en lo que estrictamente concierne a las materias disponibles por las partes, pero no en cuanto lo que implica una renuncia al interés general, ni tampoco a los aspectos que pueden ser objeto de apreciación de oficio, precisamente por afectar a ese interés general[51]. Sobre el perjuicio a 3º, es suficiente con que se haya causado objetivamente, sin que se requiera que el perjuicio sea querido, buscado o aceptado, ni siquiera conocido por las partes, porque la ley no exige la concurrencia en las partes del ánimo de defraudar

régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.

50 Artículo 6.2 Código Civil.

51 SAP Santa Cruz de Tenerife nº 143/2006, de 26 de abril de 2006, Recurso 118/2006.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

o perjudicar a un tercero[52]. En cuanto al poder necesario, también se requerirá Poder Especial cuando se actúa por medio de Procurador[53].

Sobre su tramitación, la LEC es muy lacónica manifestando que cuando se plantea el allanamiento por el demandado, se dictará sentencia con las salvedades anteriores, en cuyo caso se dicta auto rechazando el allanamiento y ordenando continuar el procedimiento. El allanamiento puede hacerse en cualquier momento de la instancia, de los recursos -salvo en el de casación tras el señalamiento del día para deliberación, votación y fallo- o de la ejecución de sentencia[54]. En la contestación a la demanda, el demandado puede allanarse a alguna/as de las pretensiones, así como a parte de la única pretensión aducida[55], pero no puede alegarse en el recurso de apelación, porque lo que procede es el desistimiento del recurso, y la firmeza de la sentencia recurrida. Por tanto, existen 2 tipos de allanamiento, el total y el parcial, con efectos diferentes sobre el fondo del asunto y su tramitación.

- Allanamiento total (Art. 21.1 LEC): se aceptan todas las pretensiones, dictándose Sentencia condenatoria incluyendo todas las pretensiones de la actora.
- Allanamiento parcial (Art. 21.2 LEC): el demandado sólo acepta algunas pretensiones y el tribunal, a instancia de la demandante puede dictar Auto, acogiendo las pretensiones a las que se hayan allanado si es viable un pronunciamiento separado, sin prejuzgar el fondo del asunto. El problema práctico que surge es que si se dicta el Auto, se duplica el proceso ya que, si lo acordado no se cumple, habrá que ejecutarlo y a su vez, quedará pendiente la otra parte del proceso, celebración de vista, dictado de sentencia, posibles recursos, ejecuciones y todo ello hasta que sea firme la sentencia. En casos de litisconsorcio pasivo necesario, sólo se admitirá el allanamiento de todos los litisconsortes.

Sobre la imposición de costas, habrá que estar a los arts. 394 y 395 LEC; si el demandado se allana antes de contestar a la demanda, no habrá imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo, aprecie mala fe. Se entenderá que existe mala fe, si antes de presentar la demanda se requirió fehacientemente al demandado o se inició mediación o conciliación. A su vez, se entiende que no existe allanamiento a efectos de evitar las costas, cuando el demandado ha consignado el principal reclamado, sin ninguna declaración de su finalidad, ni manifestación de allanamiento[56]. Pero, si el allanamiento se produce después de contestada la demanda se

52 SAP Barcelona 553/2005, de 26 de septiembre, Recurso 188/2005.
53 Artículo 25.2.1º LEC.
54 Artículo 19.3 LEC.
55 Artículo 405.1 LEC.
56 STS 833/2000, de 20 de septiembre, Recurso 2948/1995.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

imponen las costas a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que el juez aprecie y razone, que había dudas de hecho o de derecho.

La STS 1267/2025, de 22 de septiembre, Recurso 1596/2021, estableció: … *La sentencia 1090/2023, de 4 de julio, que se remite a la 397/2018, de 26 de junio, que cita de otras anteriores (…), recuerda que el allanamiento de la parte recurrida/demandada también tiene efectos en casación y debe dar lugar a la estimación de la demanda, en aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil (…). El art. 21.1 LEC establece que «cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste». (…) el allanamiento es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella, o en otro momento procesal, y constitutivo de un medio de extinción del proceso a virtud del reconocimiento y conformidad del demandado, que puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión (…) y que sean disponibles por ellas, porque no es lícito, (…) oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan.*

Por lo que, lo esencial del allanamiento es determinar lo que acepta la parte y lo que no, y en función de ello, podrá terminarse el procedimiento o sólo en parte, dictándose auto y continuando el juicio para resolver sobre lo que no ha sido aceptado.

VII. CONCLUSIONES

Las formas irregulares de terminación del proceso civil, son mecanismos útiles para la gestión estratégica del litigio. Su aplicación permite evitar la prolongación innecesaria de los procedimientos, reducir costes y optimizar recursos. Aunque todas comparten la finalidad de extinguir el proceso sin necesidad de sentencia sobre el fondo, presentan diferencias en cuanto a sus efectos, requisitos y consecuencias. La transacción implica un acuerdo entre las partes que pone fin al litigio mediante concesiones recíprocas, generando efectos de cosa juzgada. La renuncia extingue tanto el derecho sustantivo como el proceso, impidiendo su futura reclamación. El desistimiento permite al actor abandonar el proceso sin renunciar al fondo del asunto y puede ser unilateral o con consentimiento, no produciendo efectos de cosa juzgada, pero sí la extinción del proceso. El allanamiento supone la aceptación por el demandado de las pretensiones del actor y puede conllevar condena en costas si se aprecia temeridad. Desde una perspectiva práctica, estas figuras ofrecen herramientas eficaces para evitar litigios, pero su uso exige un conocimiento técnico para evitar errores procesales. La jurisprudencia citada no es única ni absoluta habiendo destacado sólo algunas que han sido mantenidas tanto por la doctrina como la jurisprudencia consolidada.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En definitiva, el estudio de estas formas irregulares no solo permite comprender su función jurídica, sino que capacita al profesional para tomar decisiones procesales inteligentes y eficaces. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, refuerza esta tendencia al promover la eficiencia procesal mediante la incorporación de nuevos medios adecuados de solución de controversias (MASC) y manteniendo las figuras complementarias como la satisfacción extraprocesal y la pérdida sobrevenida de objeto. Esta regulación, sin menoscabar las garantías de los justiciables, articula mecanismos coherentes para resolver conflictos, evitando dilaciones innecesarias y descongestionando el sistema judicial. En definitiva, el marco normativo actual apuesta por una justicia moderna y eficaz, capaz de ofrecer respuestas rápidas sin sacrificar la tutela judicial efectiva, poniendo en valor la autonomía de la voluntad de las partes y el principio dispositivo del proceso civil.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. Otros modos de terminación del procedimiento: Renuncia y desistimiento. En *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Civitas (Editorial Aranzadi), 2011. BIB\2011\5397, pág. 3. Consultado el 4/10/2025.

APP de Palma de Mallorca 123/2005, de 22 de julio de 2005.

SAP de Barcelona 570/2018, de 26 de julio de 2018.

SAP de Jaén 23/2003, de 21 de enero de 2003.

SAP de Murcia 236/2004, de 1 de septiembre de 2004.

SAP de Barcelona 173/2005, de 29 de marzo de 2005.

SAP de Barcelona 553/2005, de 26 de septiembre de 2005.

SAP de Santa Cruz de Tenerife 143/2006, de 26 de abril de 2006.

STS Sala 1ª 381/1998, de 23 de abril de 1998.

STS Sala 1ª 42/1999, de 23 de enero de 1999.

STS Sala 1ª 833/2000, de 20 de septiembre de 2000.

STS Sala 1ª 279/2003, de 17 de marzo de 2003.

STS Sala 1ª 419/2018, de 3 de julio de 2018.

STS Sala 1ª 301/2022, de 19 de abril de 2022.

STS Sala 1ª 1267/2025, de 22 de septiembre de 2025.

STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, *Menini y Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Ley 4/2012, de 6 de julio, de Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

LO 1/1982, de 55 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

LO 1/2025 de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

RDL 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

RDL 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 2015.

Resoluciones de la DGRN de 7 de septiembre de 2017, y 18 de septiembre de 2017.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

Doctrina Civil

LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS CONSTITUIDAS SOBRE BIENES INMUEBLES: PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO

Aránzazu Barandiarán Vizcaíno

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

SUMARIO: *I. Introducción. II. La validez del título: la constitución de la garantía hipotecaria sobre las concesiones administrativas. III. El acreedor hipotecario ante el incumplimiento del concesionario: la administración interina de la concesión administrativa. IV. La ejecución de la hipoteca constituida sobre una concesión administrativa. V. Conclusiones. VI. Bibliografía y Jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en aclarar y precisar las particularidades administrativas que caracterizan el procedimiento de ejecución hipotecaria de las concesiones administrativas, partiendo de la premisa del necesario respeto a los intereses públicos en juego y del papel de la Administración como garante de dichos intereses.

La ejecución hipotecaria de concesiones administrativas - si bien se articula sobre los preceptos generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil - presenta especialidades derivadas de la intervención preceptiva de la Administración concedente, en particular en lo relativo al marco específico del artículo 275 de la Ley de Contratos del Sector Público (**LCSP**), la exigencia de autorización administrativa para intervenir en subasta o resultar adjudicatario, y el control del resultado final del procedimiento mediante medidas como el secuestro/intervención o la eventual resolución de la concesión.

Con este enfoque, el estudio se estructura en cuatro partes sustantivas: primero, se aborda la validez del título y los requisitos para la constitución e inscripción de la hipoteca; segundo, se analiza la posición del acreedor ante el incumplimiento del concesionario y la figura de la administración interina; tercero, se examinan las particularidades del procedimiento de ejecución y sus posibles desenlaces; y finalmente, se presentan unas conclusiones que sistematizan las principales aportaciones del trabajo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

II. LA VALIDEZ DEL TÍTULO: LA CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA SOBRE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Partiendo de lo establecido en la normativa hipotecaria y, en concreto, de lo dispuesto en el artículo 107.6 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (**LH**)[1], la posibilidad de constituir una hipoteca sobre las concesiones administrativas es una realidad plenamente aceptada y vigente como instrumento recurrente de financiación privada. Ello para la realización, fundamentalmente, de obras e infraestructuras de carácter público cuya construcción y, normalmente, posterior explotación, se adjudica a operadores privados, que serán los máximos responsables de preservar el interés público que se constituye en el origen y máxima guía del proyecto a desarrollar.

De igual forma y desde el punto de vista estrictamente civil, las concesiones administrativas pueden ser objeto de hipoteca siempre que tengan trascendencia jurídico-real, sean enajenables y recaigan sobre bienes inmuebles, según dispone el artículo 334.10 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (**CC**).

En particular y respecto de este último requisito, el ya referido artículo 107.6 LH contempla la doble posibilidad de que la concesión administrativa estatal, autonómica o local (i) afecte o recaiga sobre bienes inmuebles de dominio público (concesiones demaniales) o sobre el uso, aprovechamiento o explotación de bienes demaniales (concesiones mixtas), que requieren la inmatriculación de tales bienes; o (ii) sobre las fincas de dominio particular del concesionario, que quedan sujetas a las normas ordinarias, sin que su hipoteca se halle pendiente de la resolución del derecho del concesionario.

En el primer caso, la hipoteca de una concesión administrativa sobre un bien inmueble de dominio público será un negocio jurídico complejo que se constituye sobre un bien de titularidad pública. Se requiere necesariamente la conciliación de los derechos e intereses de la Administración, del concesionario y de la entidad financiadora y, en consecuencia, sus mecanismos de ejecución (esencia de la hipoteca) se encuentran limitados por la naturaleza administrativa y pública de la concesión.

En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**), que transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, en sus artículos 257 apartado e), 273 a 276 y 287 apartado 3, configura

[1] "Podrán también hipotecarse: 6.º) las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario."

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

la hipoteca como un derecho[2] del concesionario que, no obstante, queda sujeto a una serie de limitaciones que deben ser tenidas en cuenta para su válida constitución.

Así, por un lado, la hipoteca requiere de la previa autorización por parte de la Administración[3], conforme se determine en la correspondiente normativa sectorial, pero que, con carácter general, deberá ser debidamente motivada y resuelta por la Administración competente en el plazo máximo de un mes, dado que, en caso contrario, el silencio administrativo será negativo (artículo 261.1 LCSP).

En su caso, y como es frecuente en la práctica, es posible también que el pliego de condiciones concesional autorice - ya con carácter previo - la posibilidad de la constitución de préstamos hipotecarios sobre su objeto, a los efectos de permitir que el licitador del concurso conozca la postura de la Administración con carácter previo a su participación en aquel, lo que le permitiría anticipar y evaluar sus necesidades de financiación e incluso informar junto con su licitación sobre las condiciones de la misma, así como las de la formalización de la garantía hipotecaria.

Por otro lado, es necesario precisar que la hipoteca solo podrá constituirse en garantía de deudas que guarden relación con la concesión dado que, según el artículo 273.1 LCSP, no es admisible la hipoteca de concesión de obra pública para garantizar deudas ajenas a la concesión que se pretende hipotecar.

Ello, por cuanto, según el artículo 274 LCSP, el acreedor hipotecario ostenta una serie de derechos oponibles, no ya al concesionario, sino frente a la propia Administración, como la acción de devastación regulada en el artículo 117 LH, o la posible subrogación (preferente) en la posición del concesionario en el supuesto de incumplimiento de este que sea causa de resolución del contrato[4], lo que hace imprescindible que la concesión guarde una necesaria correlación con la obligación correspondiente.

---

2 (...) las concesiones administrativas constituyen, desde la perspectiva del particular, un "derecho" (en concreto, un derecho real administrativo), derecho que, como tal, goza de un valor patrimonial y es susceptible de tráfico jurídico privado. Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001.

3 La jurisprudencia fundamenta esta lógica imposición con argumentos como, por ejemplo, la imposibilidad de pretender la transmisión de la concesión demanial derivada de la ejecución judicial del préstamo hipotecario sin que exista autorización previa administrativa de su constitución, de tal forma que si la Administración no ha conocido y autorizado la hipoteca, no cabe otorgar a esta efectos transmisivos entre el concesionario y la entidad bancaria ejecutante, salvo aceptación expresa de aquella como si de una transmisión pura inter vivos se tratase puesto que, de lo contrario, se defraudarían los derechos de la Administración. Este es el sentido recogido por la STS de 31 de octubre de 2006, rec. 8650/2003 (LA LEY 138665/2006) al indicar que se burlaría «(...) la voluntad legislativa de atribuir a la Administración la potestad de fiscalizar la concordancia del cambio de titularidad con los intereses públicos, y en el caso de autos a fin de evitar que se pueda producir el cambio de titularidad y el nuevo concesionario pueda disfrutar de la titularidad de la concesión pese a que el anterior dejase pendientes de pago cantidades importantes por cánones y otros conceptos (...). Si esa garantía incluso se prevé en el caso de la celebración de un negocio privado consistente en el traspaso de un local de negocio, con mayor motivo ha de establecerse cuando está concernida la gestión de intereses públicos y la ocupación de terreno de dominio público, que es precisamente el fundamento de lo recogido en los arts. 70.2 de la Ley 22/1988 (LA LEY 1531/1988) y 137.1 de su Reglamento (...) esa hipoteca ni fue conocida, ni menos autorizada por la Administración y no pudo o debió ser inscrita en el Registro de la Propiedad sin la intervención de la Administración (...)».

4 José Luis VICENTE IGLESIAS, en Comentarios a la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público,

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Finalmente, y una vez obtenida la debida autorización, se habrá de proceder a la inscripción registral de la hipoteca, en el Registro de la Propiedad donde radique la concesión, para que la misma se considere válidamente constituida y, en el supuesto de que se hipotequen de forma simultánea distintas concesiones, será exigible la distribución de la responsabilidad hipotecaria (que, sin embargo, no será necesaria tratándose de bienes inmuebles afectos a la concesión).

En este sentido, el artículo 1875 CC nos recuerda que *además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.* Por su parte, el artículo 61 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (**RH**) determina que *la inscripción de concesiones administrativas se practicará en virtud de escritura pública, y en los casos en que no se requiera el otorgamiento de esta, mediante el título mismo de concesión, y deberá expresar literalmente el pliego de condiciones generales, el traslado de la Ley o resolución administrativa de concesión y las condiciones particulares y económicas (...),* inscribiéndose las concesiones administrativas, excepto las que sean accesorias de otras fincas o concesiones, bajo un solo número, si los interesados lo solicitaren, al considerarse como una sola finca registral - artículo 44 LH y artículo 61 RH[5].

Editorial LA LEY, Madrid, julio 2008 (LA LEY 6412/2010). Asimismo, la STSJ de Murcia, de 25 de julio de 2001, rec. 655/1998, estimó la legalidad del acuerdo de la subrogación en la concesión del dominio público municipal constituido por el subsuelo de una plaza pública para la explotación de aparcamiento de automóviles debido a la ejecución hipotecaria, ya que, con carácter previo, la entidad local había autorizado dicha hipoteca y en la escritura de préstamo se indicaba lo siguiente: «En el caso de que se procediera a la ejecución de la presente hipoteca, la entidad financiera (...), así como cualquier tercer adquirente que en su caso existiere, se subroga en todos los derechos y obligaciones del concesionario, debiendo reunir en consecuencia (...) requisitos estos que las partes afirman conocer en todos sus extremos (...)».

5 La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este asunto en resoluciones tales como la STS de 31 de octubre de 1986 (LA LEY 11474-JF/0000) al precisar lo siguiente: (...) como dice el ordenamiento (arts. 1876 CC (LA LEY 1/1889) y 104 (LA LEY 3/1946) y 145 LH (LA LEY 3/1946)) la hipoteca se "constituye" en escritura pública, y desde entonces surte efectos para los otorgantes y sus causahabientes (arts. 1218 (LA LEY 1/1889) y 1225 CC (LA LEY 1/1889)), aunque no quede válidamente constituida erga omnes hasta que no se inscriba en el Registro (SS 14 de julio de 1933 y 12 de enero de 1943) (...)». Otro ejemplo lo tenemos en la STS de 11 de octubre de 1985 (LA LEY 10379-JF/0000) cuando dice: «(...) aunque se tache de nula a la hipoteca que, (...) continúa subsistiendo mientras subsista la inscripción registral de la misma y no se decrete su nulidad por el cauce procedimental legalmente establecido; siendo de recordar, al respecto, el carácter constitutivo que para el derecho de hipoteca tiene la inscripción, según el art. 1875 CC (LA LEY 1/1889), estando consiguientemente bajo la salvaguardia de los Tribunales y produciendo sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley, de acuerdo con lo determinado en el art. 1.3 LH, complementado con la concesión del fundamental principio de legitimación que otorga el art. 38 de la propia Ley especial, a cuyo tenor "a todos los efectos legales, los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo" (...).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

III. EL ACREEDOR HIPOTECARIO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO: LA ADMINISTRACIÓN INTERINA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

El incumplimiento del concesionario de las obligaciones asumidas frente al acreedor hipotecario concede a éste distintas facultades en función de que el referido incumplimiento sea anterior o posterior al vencimiento de sus obligaciones.

Por un lado, con anterioridad al vencimiento y en el supuesto de pérdida de valor de la concesión por causas imputables al concesionario, se faculta al acreedor para que, por la vía administrativa, solicite al órgano de contratación que confirme dicho posible deterioro y se podrá ordenar, en su caso, al concesionario (previa audiencia), hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Lo anterior, sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de devastación prevista en el artículo 117 LH aunque, en el caso de ejercitarse la acción administrativa prevista en el párrafo anterior, se entenderá que el acreedor hipotecario renuncia a la referida acción de devastación.

Por otro lado, se le concede asimismo un peculiar derecho (potestativo) de administración interina sobre la concesión, que se regula expresamente en el artículo 274 LCSP, de forma que podrá solicitar de la Administración concedente, previa audiencia del concesionario, que:

(i) Se asigne a la amortización de la deuda una parte de los rendimientos de la explotación;

(ii) Le otorgue el derecho a explotar durante un determinado período de tiempo todas o parte de las zonas complementarias de explotación comercial.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA SOBRE UNA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Sin perjuicio de lo anteriormente establecido, el ejercicio de la acción de ejecución de la garantía hipotecaria continúa siendo el pilar fundamental sobre el que gira la necesaria protección y seguridad jurídica que debe otorgarse al acreedor hipotecario (artículo 274 LCSP).

Ahora bien, como consecuencia de la necesaria protección del interés público en juego, el procedimiento de ejecución a seguir partirá de los preceptos generales aplicables comprendidos entre los artículos 681 a 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("**LEC**") aunque planteará una serie de particularidades.

Dichos matices, si bien no han sido objeto de demasiado desarrollo doctrinal y jurisprudencial hasta la fecha, son ciertamente representativos de una necesaria confluencia de intereses y facultades procesales civiles y administrativas, derivadas de la preceptiva intervención de la Administración concedente en el proceso.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Con este fin, el legislador ha establecido un marco legislativo específico sobre la ejecución de la hipoteca contenido en el artículo 275 LCSP, destinado fundamentalmente, a regular:

(i) La necesaria intervención de la Administración concedente para controlar que los posibles licitadores reúnan los requisitos o condicionantes necesarios para mantener la ejecución o explotación del proyecto público afectado; y

(ii) Controlar el resultado final de dicho procedimiento, pudiendo optar entre el secuestro o intervención de la concesión o acordar su resolución, en función de qué sea más conveniente a los intereses generales y la necesaria continuidad del servicio público.

1. La obtención de autorización administrativa previa a la puja en subasta o a la adjudicación

Dado que, para que el adjudicatario se subrogue en la posición del concesionario es necesaria la autorización administrativa previa a la que nos hemos referido al inicio de este trabajo, todo el que pretenda intervenir en el marco de la subasta prevista en el artículo 691 LEC debe solicitar esa autorización, incluido el acreedor hipotecario, salvo que la normativa sectorial lo excluya[6].

En este sentido, una de las principales dudas que surgen a la hora de asesorar al acreedor hipotecario ejecutante o incluso a cualquier otro tercero interesado en participar en una posible subasta y resultar adjudicatario de la concesión administrativa, es precisamente conocer de antemano qué requisitos es necesario cumplir para poder obtener la referida autorización administrativa.

Nótese, en ese sentido, que los procedimientos de adjudicación de las concesiones administrativas se caracterizan por el principio *intuitu personae*[7], esto es, la adjudicación se ha guiado por una serie de capacidades técnicas y económicas que le hacen adecuado para la gestión o ejecución de una obra o servicio.

En consecuencia, habrá que acudir tanto a los pliegos de condiciones como a la resolución de adjudicación previos que forman parte del expediente de licitación para determinar los condicionantes o asunciones a los que un eventual interesado deberá ajustarse al formular su solicitud de autorización.

En este sentido, el propio artículo 275 LCSP establece que la referida autorización tiene carácter "reglado" y debe otorgarse siempre que el solicitante cumpla con los mismos requisitos exigidos al concesionario:

---

[6] Así, por ejemplo, el artículo 28 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión precisa que «en el caso de ejecución hipotecaria, solo podrán ser licitadores en la subasta quienes se comprometan a constituir, en el plazo de tres meses a contar del remate, una sociedad anónima con los requisitos establecidos en esta Ley para ser concesionario. La adjudicación quedará condicionada a la efectiva constitución de la Sociedad, la cual tendrá, desde dicho momento, la consideración legal de concesionario, subrogándose en los derechos y obligaciones de su causante».

[7] ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "Concesión administrativa e iniciativa privada", THEMIS. Revista de Derecho, núm. 39, 1999.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

(i) La autorización deberá, en todo caso, notificarse en el plazo máximo de 15 días desde su solicitud. Sin la misma, no se podrá intervenir en la subasta o resultar adjudicatario;

(ii) El adjudicatario, al realizar el pago que corresponda, destinará una parte de este, en primer lugar, a satisfacer la obligación incumplida frente al acreedor hipotecario;

(iii) Se sustituirá al concesionario original en el derecho que le correspondía, hasta que llegue su vencimiento por el transcurso del plazo que faltare de cumplir.

Para la inscripción del derecho adjudicado, aparte de la pertinente autorización, será suficiente, conforme al artículo 133 LH, el testimonio expedido por el Letrado de la Administración de Justicia comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, junto con el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 LEC.

2. La subasta desierta

En el caso de que la subasta quede desierta o que nadie reúna los requisitos necesarios para obtener la autorización, el artículo 275.3 LCSP establece que la Administración podrá optar por acordar el secuestro de la concesión, explotándola ella misma, o resolver la concesión administrativa, pagando a tales efectos las oportunas indemnizaciones.

Nótese que, al quedar la subasta desierta, se entiende que el acreedor hipotecario ha hecho de alguna forma dejación de su derecho (preferente) de subrogación o de la posibilidad de pujar en subasta[8] -aunque dicha consideración obvie el supuesto en el que dicho resultado sea consecuencia de la falta de obtención de la previa autorización administrativa- por lo que se recupera para el ámbito administrativo la potestad de decidir sobre el destino final del bien sobre el que recae la garantía hipotecaria.

En cualquier supuesto, dado que una u otra opción difieren notablemente en sus trámites (y consecuencias) de cara al acreedor hipotecario, procede analizar brevemente ambas vías a los efectos de completar el análisis de los posibles distintos resultados del procedimiento de ejecución hipotecaria de las concesiones administrativas.

a) El secuestro o intervención de concesión administrativa

El procedimiento de secuestro o intervención de una concesión administrativa se regula en el artículo 263 LCSP e implica el inicio de un nuevo expediente administrativo, en el marco del cual se otorgará al concesionario un nuevo plazo para corregir el incumplimiento de sus obligaciones.

[8] Conforme a lo dispuesto en el nuevo tenor literal del artículo 670 LEC, según redacción de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Dicha circunstancia, teniendo en consideración la previa existencia del procedimiento de ejecución hipotecario en el que el deudor no ha podido hacer frente a dichas obligaciones, así como el carácter meramente temporal - como veremos - del secuestro, determinará que, en la práctica, la preferencia de la Administración por el rescate frente al referido secuestro o intervención sea la norma. Sin embargo y dado que el tenor literal de la norma los contempla expresamente, no podemos dejar de hacer referencia a dicha posibilidad.

En el supuesto de que el concesionario requerido por la Administración corrija su incumplimiento dentro del plazo fijado a tales efectos, podrá continuar con la explotación de la concesión tal y como venía efectuándose sin que la ley contemple ninguna preferencia a favor del acreedor hipotecario respecto de los ingresos que se obtengan, sin perjuicio de que pueda solicitar su embargo manteniendo abierta la ejecución por la vía del artículo 579 LEC.

En caso contrario, se ejecutará el secuestro con las siguientes consecuencias:

(i) La Administración asumirá la explotación directa de la concesión administrativa y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario;

(ii) Se designarán uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal del concesionario;

(iii) La explotación de la obra pública objeto de secuestro se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, por lo que, al finalizar el secuestro le será devuelta la explotación junto con el saldo económico y financiero que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso, la cuantía de las penalidades impuestas.

En consecuencia, el secuestro no extingue la concesión, sino que es una medida temporal cuya duración dependerá de lo que determine la Administración pero que no podrá exceder en ningún caso los tres años.

Si estando vigente el secuestro, el concesionario acredita que (i) han desaparecido las causas que motivaron el secuestro y (ii) que se encuentra en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra pública, la Administración acordará su cese.

Sin embargo, si transcurre el plazo fijado sin que el concesionario haya acreditado los dos extremos anteriores, la Administración deberá resolver el contrato de concesión administrativa.

b) El rescate de la concesión administrativa

En el supuesto de rescate de la concesión administrativa por parte de la Administración concesionaria, el concesionario mantiene un derecho de compensación por las inversiones realizadas, si bien:

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

(i) Es necesario tener en cuenta, en todo caso, los derechos de los acreedores hipotecarios que apareciesen inscritos en el Registro de la Propiedad, a los efectos de determinar la cuantía de la indemnización a abonar como consecuencia del perjuicio material surgido de la extinción anticipada;

(ii) De conformidad con el artículo 175 RH, para poder proceder a la cancelación de la concesión será necesaria la previa consignación a favor del acreedor hipotecario con declaración judicial firme de que la consignación económica está bien hecha.

En este sentido y en cuanto a la exigencia de «previo depósito a disposición» de los titulares de derechos inscritos «de las cantidades y eventuales indemnizaciones que la Administración debiera abonar al concesionario», la misma se aplicará sin excepciones, garantizando así la debida protección de los derechos del acreedor en caso de incumplimiento.

3. La resolución de la concesión por incumplimiento como consecuencia del inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria

Finalmente, y aunque dicha circunstancia no se encuentre expresamente prevista en la ley, cabría plantearse si la Administración estuviese facultada para resolver el contrato de concesión administrativa como consecuencia del inicio de la ejecución hipotecaria de la misma, sin perjuicio de que el concesionario se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones frente a la misma (ej. pago del canon establecido).

En este sentido, se podría recurrir a lo establecido en el artículo 1.258 CC[9] para afirmar que el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente al acreedor hipotecario forma parte del compromiso de buena ejecución y funcionamiento del proyecto público asumido por el concesionario con la adjudicación, de forma que, sensu contrario, su incumplimiento y el riesgo de inicio de la ejecución de la hipoteca pone en peligro su continuación y, con ello, la adecuada protección del interés público al que sirve.

En consecuencia, no es descartable que, en paralelo al procedimiento de ejecución hipotecaria y teniendo conocimiento la Administración de su inicio, se inicie paralelamente la tramitación administrativa de un expediente de resolución o, incluso, caducidad.

En todo caso, hemos de señalar que estos casos de resolución o caducidad quedan sujetos al régimen de los artículos 183 a 185 RH, que exigen que el inicio del expediente de caducidad se refleje mediante nota marginal, debiendo aportarse certificación registral comprensiva de todos los asientos vigentes extendidos antes de la

9 "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

nota, con el fin de que sus titulares puedan ser oídos y puedan ejercitar su derecho de subrogación por orden de prelación.

Posteriormente y para llevar a cabo la cancelación, será suficiente que se presente la resolución administrativa que declare la extinción de la concesión junto con el mandamiento acreditativo de haberse realizado bien la consignación de las cantidades debidas al concesionario o bien al acreedor hipotecario, así como que se acredite la audiencia del concesionario y a los titulares de cargas constituidas sobre la misma y que se van a cancelar, pero no es necesaria la referencia explícita a tales asientos.

Este criterio debería aplicarse incluso cuando la inscripción de hipoteca sea anterior a la nota marginal que refleje la incoación de la resolución concesional, siempre que conste la existencia de una voluntad clara por parte de la Administración concedente de obtener la cancelación de la hipoteca.

V. CONCLUSIONES

El procedimiento de ejecución de las garantías hipotecarias constituidas sobre las concesiones administrativas es un ejemplo excepcional de interacción entre las normas procesales civiles de ejecución y el ámbito de la normativa administrativa que, sin embargo, no ha sido objeto de demasiado análisis a nivel doctrinal o jurisprudencial, pese a constituir un supuesto rara avis de preceptiva intervención de la Administración en un procedimiento de naturaleza preminentemente civil.

En consecuencia, de la necesaria simbiosis entre los preceptos procesales civiles y la referida regulación administrativa se deriva que, en el presente artículo, la cita a la normativa y resoluciones dictadas en sede contencioso-administrativa sea inevitable, a los efectos de poder realizar un correcto planteamiento y posterior tramitación del procedimiento de ejecución en sede procesal civil.

La progresiva sofisticación de las necesidades de financiación privada de la ejecución de proyectos de envergadura en los que confluyen el interés público y la explotación privada hace indispensable asegurar una adecuada protección de los intereses del acreedor siendo, en caso de incumplimiento, la ejecución de la garantía hipotecaria el eje central sobre el que se articularán las distintas opciones de financiación, así como los términos y condiciones de esta.

En este sentido, el papel supervisor de la Administración en el procedimiento, la obtención de la preceptiva autorización administrativa previa a la adjudicación o, incluso, el ejercicio de las facultades de rescate, intervención o secuestro arrojan en la práctica numerosas dudas en los acreedores hipotecarios sobre si el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre tan especial objeto está dotado de la necesaria seguridad jurídica.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Es más, no es infrecuente que las entidades financieras o banca "tradicional" se nieguen, por lo general, a financiar este tipo de operaciones, obligando a los eventuales adjudicatarios a sufragar por sí mismos los proyectos o recurrir a vías de financiación alternativas en condiciones más onerosas que las tradicionales.

En consecuencia, el presente trabajo se centra en aclarar y precisar las particularidades administrativas que caracterizan el procedimiento de ejecución hipotecaria de las concesiones administrativas, de cara a incidir en que, con un adecuado entendimiento de los matices que presenta y manteniendo como premisa fundamental el necesario respeto a los intereses públicos en juego y cuyo garante es la Administración, se puede concluir que el referido procedimiento de ejecución presenta, en lo esencial, las mismas notas de agilidad, posibilidades de recuperación y seguridad jurídica que los restantes procesos de ejecución civiles.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, Manuel J., Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II), 4.ª ed., Aranzadi, febrero 2022.

CANO TELLO, Celestino, Hipoteca de Concesiones Administrativas, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.

CHICO Y ORTIZ, José María, Estudios sobre Derecho Hipotecario, Marcial Pons, Madrid, 2004.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés A., Comentarios a la Ley Hipotecaria, 3.ª ed., septiembre 2019.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco J., "La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 676, 2003.

GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás, "La legitimación del acreedor hipotecario a reclamar el valor patrimonial de la inversión en caso de resolución de una concesión hipotecada. Comentario a la STS de 23 de diciembre de 2024", Actualidad Administrativa, núm. 3, marzo 2025, Editorial LA LEY (LA LEY 2577/2025).

MARTÍN OVIEDO, J. M.ª, "Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas", en Estudios de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

OLIVARES FLORO, Artemio F., "La hipoteca en las concesiones", Diario La Ley, núm. 7784, Sección Doctrina, 26 de enero de 2012, Ref. D-35, Editorial LA LEY (LA LEY 22198/2011).

RECUERDA GIRELA, Miguel Á., Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, 1.ª ed., mayo 2018 (Proview).

Tema 61 Hipotecario Registros. Hipoteca de concesiones. Academia. https://www.registradoresdemadrid.org/academia/temas-hipotecario/Tema-61-Hipotecario-Registros-Hipoteca-concesiones-Registros-Programa-anterior-166

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

VICENTE IGLESIAS, José L., Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, Editorial LA LEY, Madrid, julio 2008 (LA LEY 6412/2010).

ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "Concesión administrativa e iniciativa privada", THEMIS. Revista de Derecho, núm. 39, 1999.

Jurisprudencia

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 11 de octubre de 1985.

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 31 de octubre de 2006 (Rec. casación 8650/2003) (LA LEY 138665/2006).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia núm. 556/2020, de 25 de mayo de 2020.

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia núm. 6283/2024, de 23 de diciembre de 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA, Sentencia de 25 de julio de 2001 (Rec. 655/1998).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, Sentencia núm. 139/2017, de 11 de julio de 2017.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, Sección 2.ª, Sentencia núm. 457/2020, de 23 de junio de 2020.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

LA PROTECCIÓN DEL INCAPACITADO EN GENERAL

M.ª Inmaculada Fernández Serna

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha

SUMARIO: *I. Marco normativo. II. La provisión de apoyos judiciales. III. La figura del facilitador. IV. La protección del patrimonio del discapacitado. V. La curatela y la responsabilidad del curador. V. La curatela y la responsabilidad del curador. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. MARCO NORMATIVO

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[1] marca un cambio de paradigma en cuanto a la discapacidad, así el artículo 1 de la Convención[2] establece como propósito "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente". A la vez que establece una definición de los que se entiende por discapacidad.

Entre los principios rectores que sirven de fundamento para la interpretación y aplicación de todos los derechos se encuentran la no discriminación, accesibilidad, inclusión plena, y la autonomía individual.

El artículo 12 supone la igualdad en cuanto al reconocimiento personal en el ámbito legal, al reconocer que "los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida", asegurando "que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona". Asimismo, insta a los Estados Parte a adoptar todas las medidas que resulten pertinentes para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, velando por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por su parte, el artículo 9 de la Convención propugna la accesibilidad, con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, proporcionando los ajustes razonables para garantizar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, tanto en

[1] Tratado internacional ratificado por España y publicado en el BOE el día 21 de abril de 2008.
[2] Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

zonas urbanas como rurales. Detallando la Convención cómo deben aplicarse los derechos en áreas específicas.

Este texto está integrado por 50 artículos que vienen a establecer los principios, valores y mandatos que deben prevalecer en el respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La reforma introducida por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con el fin de adaptar la normativa interna a las exigencias establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, suprime la declaración de incapacidad de las personas, centrándose en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad puede precisar "para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica", teniendo por finalidad "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad", tal y como establece el artículo 249 del Código Civil. Debiendo ajustarse estas medidas a los principios de necesidad y proporcionalidad. Asimismo, dicho artículo establece que "las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera", procurando que "la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias".

Ya en su preámbulo, la Ley 8/2021 de 2 de junio, aboga por una profunda reforma de nuestro ordenamiento jurídico con el fin de adecuarlo a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, imponiendo "el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico", en el que predominaba la sustitución en la toma de decisiones que afectaban a las personas con discapacidad, "por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones". Modificando para ello:

- La ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.
- El Código Civil.
- La Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946.
- La Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- La Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de La Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
- La Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- La Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.
- El Código de Comercio.

Asimismo, ha supuesto la reforma de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad, sin exclusiones. Y la reforma de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General, con el fin de garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad.

En definitiva, la nueva regulación viene inspirada por el mandato establecido en el artículo 10 de la Constitución Española, al establecer que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad (…) son fundamento de orden político y de la paz social". Remarcando la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

II. LA PROVISIÓN DE APOYOS JUDICIALES

La Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en su Capítulo III bis, aborda el tema de la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, estableciendo el artículo 42 bis b) el procedimiento a seguir para la adopción de medidas de apoyo.

Si bien, la provisión de medidas judiciales de apoyo ha dejado de tener un carácter preferente, estando supeditado a la ausencia o insuficiencia de medidas establecidas por la propia persona interesada.

En cuanto a las medidas establecidas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos, "serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise", respetando siempre la máxima autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica, atendiendo en todo caso a la voluntad de la persona interesada, así como a sus deseos y preferencias, tal y como establece el artículo 268 del Código Civil. Dicho artículo establece un plazo de revisión de estas medidas, fijándose un plazo máximo de tres años para llevar a cabo la revisión. Si bien, se establece que, excepcionalmente y de forma motivada, la autoridad judicial, pueda establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. No obstante, y ante cualquier cambio en la situación de la persona, que pueda precisar una modificación de dichas medidas, se revisarán las medidas de apoyo judicialmente adoptadas.

El artículo 250 del Código Civil establece que *las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.* Siendo la curatela la *medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

modo continuado, cuya extensión deberá ser precisada en la resolución judicial que la acuerde *en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.*

La reforma llevada a cabo en este tema ha afectado al procedimiento de provisión judicial de apoyos, tramitándose el expediente según la Ley de Jurisdicción Voluntaria, salvo que exista oposición, en cuyo caso deberá iniciarse un procedimiento de carácter contradictorio, con arreglo a lo establecido en el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte, la Ley 8/2021, de 2 de junio, estableció unas reglas de aplicación transitoria, por cuanto que en la Disposición Transitoria 6ª, en lo referente a los procedimientos en tramitación establece que *los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.*

III. LA FIGURA DEL FACILITADOR

El artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece el mandato a los Estados Parte de asegurar el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones que las demás, a las personas con discapacidad. Mandato que entronca con el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24 de la Constitución Española, así como en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[3]. Además de instar a los Estados Parte para promover la capacitación adecuada de los agentes implicados, tanto en la administración de justicia, así como respecto al personal policial o penitenciario. Asimismo, insta a los Estados Parte para que promuevan los ajustes de procedimiento que resulten adecuados para la consecución de dicho fin.

En este sentido, la figura del facilitador constituye una medida primordial para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, puesto que su actuación consiste en asegurar que las personas con discapacidad puedan entender y ser entendidas dentro del procedimiento judicial, con el fin de conseguir el mandato establecido en el artículo 13 de la Convención.

Con el fin de poner en práctica lo establecido en los artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Organización de Naciones Unidas (ONU) redactó unos Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad[4], donde se define por primera vez la figura del "facilitador" o intermediario. En concreto en varios de estos principios[5] se

[3] El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.
[4] Internacional Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities.
[5] Principios 1, 3, 4, 6 y 8.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

recomienda a los Estados Parte la presencia de la figura del "facilitador" para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad ante cualquier procedimiento legal.

La figura de los intermediarios (también conocidos como "facilitadores") se define por la ONU como "personas que trabajan, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y con personas con discapacidades para garantizar una comunicación efectiva durante los procedimientos legales. Apoyan a las personas con discapacidad para entender y tomar decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se expliquen y se discutan de maneras que puedan comprender y de que se proporcionen las adaptaciones y el apoyo adecuados. Los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidades, ni del sistema de justicia, ni dirigen o influyen en decisiones o resultados". Siendo responsables de asegurar que se respeten los derechos de la persona con discapacidad durante en proceso legal.

La actuación del facilitador se debe inspirar en una serie de principios para garantizar la autonomía y la toma de decisiones de las personas con discapacidad, tales como la imparcialidad, la confidencialidad, respecto de toda la información que manejen tanto de la persona con discapacidad como del proceso en sí. Así como profesionalidad, entendida como la experiencia y los conocimientos necesarios en el campo de la comunicación y del trabajo con personas con discapacidad. Siendo fundamental el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad, garantizando que la persona discapacitada entienda y pueda expresar sus preferencias y voluntad, para poder tomar decisiones informadas.

En España la figura del "facilitador" viene amparada en el artículo 249 del Código Civil, al establecer que las medidas de apoyo tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de las personas con discapacidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Debiendo estar "inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales". Debiendo "ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad". Actuando las personas que presten apoyo "atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera", procurando que "desarrollen su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias".

El artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia a esta figura cuando habla de que "los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias". Viniendo a su vez amparada esta figura en el artículo 21 c) del Estatuto de la Víctima del delito[6], al establecer que "las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas

[6] Ley 4/2025 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma".

Asimismo, esta figura está prevista en la Ley 8/2021 de 2 de junio, cuando hace referencia a la adopción de los apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

A la vista de lo establecido en la legislación, si bien las concretas funciones de la figura del facilitador no se definen de una forma exhaustiva, no deja de ser una figura fundamental para asegurar una comunicación efectiva entre las interacciones de la persona con discapacidad y los agentes judiciales que intervinientes en el procedimiento de que se trate, con el fin de garantizar, de pleno derecho, su acceso a la justicia, velando en todo momento por que se lleven a cabo las adaptaciones o adecuaciones necesarias, teniendo en cuenta las características de cada persona.

IV. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DEL DISCAPACITADO

Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, tiene por objeto regular los mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial como es el patrimonial.

Tal y como establece en su Exposición de Motivos, esta ley es consecuencia del mandato establecido en el artículo 49 de la Constitución[7], ordenando los medios necesarios para que las personas que padezcan alguna discapacidad puedan disfrutar de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

El patrimonio de las personas con discapacidad constituirá un patrimonio "especialmente protegido", teniendo como beneficiario exclusivo a la persona en cuyo interés se constituya.

Esta ley establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad: aquellas que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33% y las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%. Pudiendo constituir el patrimonio protegido no sólo la propia persona con discapacidad beneficiaria, sino quienes le presten apoyo o la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada por el constituyente de esta[8].

La constitución del patrimonio protegido se llevará a cabo mediante escritura pública, autorizada por notario, o bien por mandato judicial. Debiendo contener el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan dicho patrimonio y la determinación de las reglas de administración y de fiscalización, así como

[7] Artículo 49 CE cuya actualización entró en vigor el día 17 de febrero de 2024.
[8] Artículo 3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

cualquier otra disposición que se considere oportuna, respecto a la administración o conservación de dicho patrimonio, en su caso.

Debiendo estar sujetas a las mismas formalidades, las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido.

La Ley establece que no será necesaria, en ningún caso, la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido. Debiendo destinarse todos los bienes y derechos que lo integren, así como sus frutos, rendimientos y productos, a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

En cuanto a la extinción del patrimonio protegido, tendrá lugar por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o en el caso de que éste deje de tener la condición de persona con discapacidad. Correspondiendo la supervisión de la administración de este patrimonio al Ministerio Fiscal, quien actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, siendo oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

En este sentido, la Ley 1/2009 de 25 de marzo[9], añadió un tercer párrafo al apartado 3º del artículo 3, según el cual "los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución".

Establece la ley que "no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria"[10].

La Ley 2/2015 de 15 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en sus artículos 56 a 58, regula la tramitación judicial de los expedientes relativos al patrimonio protegido.

V. LA CURATELA Y LA RESPONSABILIDAD DEL CURADOR

La curatela se configura como la principal medida de apoyo, siendo una institución que constituye la principal medida de apoyo, aplicable cuando se requiera una asistencia continuada y resulten insuficientes las medidas

[9] Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad

[10] Introducido por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que añadió al artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, este último párrafo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

voluntarias. Constituyéndose mediante resolución judicial motivada, donde se establezcan las concretas medidas de apoyo y, excepcionalmente, en aquellos casos en los que sea necesaria la representación en la toma de decisiones.

El artículo 275.1 del Código Civil establece que "podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función", pudiendo serlo también "las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad".

Con la reforma llevada a cabo por la ley 8/2021 de 2 de junio, se pretende el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y necesitada de medidas de apoyo, siempre dentro del marco de la proporcionalidad y con el máximo respeto de su capacidad jurídica. Por lo que, para un adecuado ejercicio de la curatela, el curador deberá observar los concretos actos de apoyo que se establezcan en la resolución judicial donde se lleve a cabo su designación, manteniendo contacto con la persona a quien le presta apoyo, respetando sus deseos y preferencias y procurando que ésta logre un desarrollo personal en la toma de decisiones, lo más autónomamente posible.

Se prevé la figura del curador representativo para los casos en los que las circunstancias de la persona con discapacidad le impidan ejercer los actos jurídicos. Debiendo solicitar autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para aquellos actos establecidos en el artículo 287 del Código Civil. Si bien, "antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos anteriores, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes"[11].

Respecto a la extinción de la institución de la curatela, tal y como establece el artículo 291 del Código Civil, llega a su fin cuando se produzca la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, así como por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte otra forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela. Todo ello, con el fin de que las medidas de apoyo sean las necesarias y proporcionadas para cada persona que requiera de dichas medidas.

VI. CONCLUSIONES

La Ley 8/2021 de 2 de junio, constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, que pretende incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006.

[11] Artículo 290 del Código Civil.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Una de las principales características del régimen legal de provisión de apoyos es que la finalidad de estas medidas de apoyo será permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, debiendo inspirarse en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Siendo aplicables estas medidas a personas mayores de edad o menores emancipados que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

Las medidas judiciales de apoyo sólo se acordarán en defecto de las medidas voluntarias de apoyo o cuando éstas resultes insuficientes, por lo que es necesario subrayar su carácter subsidiario respecto de las primeras. Debiendo inspirarse la provisión judicial de apoyos en los principios de necesidad y de proporcionalidad, respetando siempre la máxima autonomía de la persona con discapacidad, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las medidas judiciales de apoyo se centran en la curatela, suprimiéndose la figura de la tutela. Dependiendo el contenido de la curatela de la necesidad de apoyos que precise la persona con discapacidad, pudiendo acordarse por la autoridad judicial una curatela asistencial para una asistencia puntual o una curatela representativa. Concretamente, el artículo 269, párrafo segundo, establece que s*ólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.* Estableciéndose como límite al contenido de la curatela la mera privación de derechos (artículo 269 Código Civil).

Se produce un notable cambio de rumbo puesto que ya no se va a sustituir a la persona que padezca una discapacidad en la toma de decisiones que le afecten, sino que, generalmente, será la propia persona con discapacidad quien se encargue de tomar sus propias decisiones.

A su vez, se ha producido una profunda reforma tanto en la legislación civil como en la legislación procesal. Constituyendo el objetivo primordial que el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se base en los principios derivados de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006.

La figura del facilitador constituye una medida primordial para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. El buen desempeño de sus funciones dependerá, principalmente de la formación que reciban para ejercer dichas tareas. A su vez, el buen desempeño del facilitador conlleva no sólo que se garanticen los derechos de las personas con discapacidad intelectual, sino de la acogida de esta figura en los contextos jurídicos y policiales.

La curatela es una institución vital para proteger a las personas que necesitan asistencia en ciertas áreas de su vida diaria, conservando su autonomía. Comprender esta figura, así como las obligaciones derivadas de la misma resulta esencial para garantizar su correcto funcionamiento.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En definitiva, la protección de la persona con discapacidad es un conjunto de garantías en todas las esferas de la vida.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARAMENDI SÁNCHEZ, P., La tutela judicial de las personas con discapacidad, Iuslabor, núm. 1, 2006.

QUESADA SARMIENTO, M.J., La discapacidad una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Ed. Diario la Ley nº 10213, Sección Tribuna, 23 de enero de 2023.

RIVES SEVA, J.M., Procesos sobre la capacidad de las personas, Editorial La Ley

BUJOSA-VADELL, L.M y SASTRE-VIDAL, M.M., Trastornos del Lenguaje y acceso a la justicia. Revista General de Derecho Procesal.

FERNÁNDEZ-MARTÍNEZ, J.M., Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, Foro Justicia y Discapacidad, 2021.

MARTORELL-CAFRANGA, A. y ALEMANY-CARRASCO, A., La figura del facilitador en casos de abuso sexual a personas con discapacidad intelectual, Siglo Cero, 2017.

ORGANIZACIÓN de NACIONES UNIDAS, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.

ORGANIZACIÓN de NACIONES UNIDAS, Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, Ginebra, 2020.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 1/2026

Marzo

ISSN 2792-226X

Doctrina - Jurisprudencia Social

ANÁLISIS DE LA LEY 2/2025, DE 23 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE MODIFICAN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, EN MATERIA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN MATERIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Marta Rincón Crespo

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SUMARIO: *I. Introducción. II. Sentencia TJUE de 18 de enero de 2024, (asunto c-631/22). III. Entrada en vigor y modificaciones normativas. IV. "Ajustes razonables" y "carga excesiva"? V. Formalidades y plazos. VI. Servicios de prevención. VII. Efectos en el contrato de trabajo y en la prestación de Seguridad Social. VIII. Aspectos procesales. IX. Jurisprudencia y doctrina en España*

I. INTRODUCCIÓN

Se analizan las modificaciones introducidas por la Ley 2/2025, de 23 de octubre, en relación con la Sentencia del TSJUE de 18 de enero de 2024.

II. STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024, (ASUNTO C-631/22)[1]

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35: apartado e) Preámbulo, artículos 1, 2 y 27.1.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículos 21 y 26.

[1] (De aplicación directa en los Estados miembros) (TSJ Baleares, Auto de 30 de septiembre de 2022).

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- Directiva 2000/78/CE el Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: artículos 2.1 y 2, 3.1, 4.1, 5, 16, 17, 20 y 21.

Artículo 5: *Ajustes razonables para las personas con discapacidad.*

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

- Derecho español:
  - Estatuto de los Trabajadores: artículos 48.2 y 49.1.e) y n).
  - Ley General de la Seguridad Social artículos 193, 194, 196.3.2).
  - Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LDPDIS): artículos 2, 4, 40 y 63.
  - Antecedente:
- STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail (C-485/20, EU:C:2022:85):

La Convención de la ONU puede invocarse para interpretar las de la Directiva 2000/78[2]. Su artículo 2.3, concepto de «discriminación por motivos de discapacidad»: cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

El artículo 26 de la Carta Derechos Fundamentales de la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

La Directiva 2000/78 es aplicable a todas las personas trabajadoras del sector público y privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de despido. Concreta el principio general de no

[2] Sentencia de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862, apartado 59 y jurisprudencia citada.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

discriminación consagrado en el artículo 21 de la Carta, que prohíbe toda discriminación, en particular, por razón de discapacidad. El concepto de "discapacidad" debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras.

Si la incapacidad permanente total no impide que la persona trabajadora desempeñe otras funciones, no es menos cierto que se le ha reconocido la condición de "persona con discapacidad", limitación de la capacidad que resulta de dolencias físicas permanentes, y que puede impedir la participación plena y efectiva de este en la vida profesional: situación comprendida en la Directiva 2000/78.

Jurisprudencia definición de despido: extinción unilateral de toda actividad [Sentencia de 12 de enero de 2023, TP (Montador audiovisual para la televisión pública), C-356/21, EU:C:2023:9, apartado 62]; engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por la persona trabajadora y, en consecuencia, sin su consentimiento[3].

La normativa nacional confiere al empresario la facultad de resolver el contrato de trabajo debido a la incapacidad permanente total. El hecho de que la persona trabajadora haya solicitado esa incapacidad permanente total y que tuviera conocimiento de dicha normativa, no significa que hubiera dado su consentimiento a la extinción del contrato: situación comprendida entre las «condiciones de despido» de la Directiva 2000/78, puesto que constituye una extinción del contrato de trabajo no deseada por la persona trabajadora.

Ajustes razonables: artículo 5 de la Directiva 2000/78 se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario[4].

El concepto de «ajustes razonables» implica que una persona trabajadora que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apta para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario[5].

[3] Sentencia de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743, apartado 48 y jurisprudencia citada.
[4] Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 37.
[5] Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 49.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Cuando una persona trabajadora deviene definitivamente no apta para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable, ya que permite a esa persona trabajadora conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con las demás personas trabajadoras[6].

El artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva; artículo 21 determinar si las medidas dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda; en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que la persona trabajadora en cuestión pueda ocupar[7].

La normativa nacional permite el despido de una persona trabajadora declarada formalmente no apta para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas, o a mantener las medidas adecuadas que ya haya adoptado. Tal normativa parece tener el efecto de dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando la persona trabajadora de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto. Tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva, antes de proceder al despido.

El hecho de que se reconozca la incapacidad permanente total a petición de la persona trabajadora y del derecho a una prestación mensual de SS, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia: la normativa nacional, en virtud de la cual una persona trabajadora con discapacidad está obligada a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una «incapacidad permanente total», que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de una persona trabajadora o a una «incapacidad permanente absoluta» que designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

6 Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 41 y 43.

7 Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 45 y 48.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En el ejercicio de la competencia del Estado español de organizar el sistema de SS y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de SS, debe respetar el Derecho de la Unión[8].

> *El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicha persona trabajadora conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva*.

III. MODIFICACIONES NORMATIVAS

BOE nº 104, 30/04/2025, entrada en vigor día siguiente: 01/05/2025 (DF 4ª).

- **ET**

Artículo 48.2 (añade un párrafo)

Redacción anterior	Redacción nueva
2. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente.	2. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran incapacidad, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente. *En los supuestos previstos en la letra n) del artículo 49.1 se considerará también que subsiste la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante el tiempo en que se resuelven los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible.*

Artículo 49.1.e):

Redacción anterior	Redacción nueva
e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.	*e) Por muerte de la persona trabajadora.*

[8] Sentencia de 30 de junio de 2022, INSS (acumulación de pensiones de incapacidad permanente total), C-625/20, EU:C:2022:508, apartado 30 y jurisprudencia citada.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Artículo 49.1.n) – nueva -:

n) Por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa, cuando no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora o cuando existiendo dicha posibilidad la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto.

Para determinar si la carga es excesiva se tendrá particularmente en cuenta el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, en las empresas que empleen a menos de 25 personas trabajadoras se considerará excesiva la carga cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre las siguientes:

1.ª La indemnización que correspondiera a la persona trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 56.1.

2.ª Seis meses de salario de la persona trabajadora que solicita la adaptación.

La persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados citados en el párrafo primero de esta letra n) para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral.

La empresa dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente, para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo. Cuando el ajuste suponga una carga excesiva o no exista puesto de trabajo vacante, la empresa dispondrá del mismo plazo para proceder a la extinción del contrato. La decisión será motivada y deberá comunicarse por escrito a la persona trabajadora.

Los servicios de prevención determinarán, de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora.

- **LGSS**

Artículo 174.5

Redacción anterior	Redacción nueva
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la extinción se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o por el transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días naturales, el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente.	5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la extinción se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o por el transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días naturales, el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, cuando se reconozca la prestación de incapacidad permanente, sus efectos coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca, salvo que la misma sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal. En caso de extinción de la incapacidad temporal anterior al agotamiento de los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración de la misma sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del citado plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.	En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, cuando se reconozca la prestación de incapacidad permanente sus efectos coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca, salvo que dicha prestación sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán los efectos de la incapacidad permanente al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal. *En aquellos casos en los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.n) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran incapacidad no determine la extinción de la relación laboral, por llevar a cabo la empresa la adaptación razonable, necesaria y adecuada del puesto de trabajo a la nueva situación de incapacidad declarada o por haber destinado a otro puesto a la persona trabajadora, la prestación de incapacidad permanente se suspenderá durante el desempeño del mismo puesto de trabajo con adaptaciones u otro que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda, de acuerdo con el artículo 198.* En caso de extinción de la incapacidad temporal anterior al agotamiento de los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración de la misma sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del citado plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.

- **LRJS**

Artículo 120 (añade apartado 2)

Redacción anterior	Redacción nueva
1. Los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes.	1. Los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes. *2. En los supuestos de extinción de contrato de trabajo previsto en el artículo 49.1.n) del Estatuto de los Trabajadores el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente.*

Adaptación terminológica LGSS, ET, Ley reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (Ley 47/201, de 27 de octubre) y su normativa de desarrollo:

"gran invalidez" = "gran incapacidad".

"invalidez no contributiva" = "incapacidad no contributiva".

- LGSS, artículos 42, 59, 174, 194, 195, 197, 198, 272, 318, 363 a 368 y 372, así como a varias disposiciones adicionales y transitorias, y al artículo 29 de la Ley 47/2015, sobre protección social en el sector marítimo-pesquero.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Se enmarca en el proceso iniciado a nivel internacional con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000) y la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), y consolidado con la reforma del artículo 49 de la Constitución en 2024.

→ Disposición Final Tercera:

- Plazo de **6 meses para que** el Gobierno presente una propuesta normativa que aborde la **compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente.**
- **Plazo de 12 meses** para reforma de los regímenes del **personal de Guardia Civil, Policía Nacional y Fuerzas Armadas.**

IV. SERVICIOS DE PREVENCIÓN

- *Los servicios de prevención determinarán, de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora.*
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales: artículos 22 (vigilancia de la salud), 30 a 32: servicio de prevención: conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados; artículo 31.3 funciones.
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

1. Servicio de prevención propio: conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención.
2. Servicio de prevención ajeno: prestado por una entidad especializada que concierta con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precisa en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente.

→ Ni la LPRL ni el RSP, ni la nueva redacción del artículo 49.1.n) del ET, establecen plazos para que los SPP o los SPA emitan el informe, debiéndose tener en cuenta, en todo caso, el plazo máximo de 3 meses concedido al empleador para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

→ Se entiende que la responsabilidad de cumplir la obligación en el plazo expuesto compete al empleador en caso de SPP; cuando concierta con un SPA, queda supeditada la exigencia del cumplimiento del plazo a éste, derivándose en caso de incumplimiento las responsabilidades que, en su caso, procedan, sin que ello exima al empresario del cumplimiento del deber de protección del trabajador (LPRL artículo 14.4), y sin perjuicio de las acciones que éste pueda ejercitar, en su caso, contra el servicio de prevención ajeno (exigencia de responsabilidad civil de naturaleza contractual por incumplimiento de sus obligaciones, en base al CC artículo 1101).

En todo caso, desde el momento en que los SPA asumen el desarrollo de las funciones preventivas, se convierten en responsables directos de los posibles incumplimientos, ya que asumen la obligación de estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo necesarios, por lo que si se produce un retraso en el cumplimiento de las funciones, recae en el SPA la carga de demostrar que el indicado retraso no le es imputable (aplicación por analogía de la TSJ Baleares cont-adm 15-7-05, EDJ 114068).

Las cláusulas previstas en los contratos suscritos con los SPA en el sentido de que las empresas asumen, directamente y bajo su total responsabilidad, la ejecución y puesta en práctica de las recomendaciones del SP, en ningún caso puede exonerarles del cumplimiento de las obligaciones previstas por la Ley (TSJ Sevilla 24-7-20, EDJ 683741), sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda.

V. ¿"AJUSTES RAZONABLES", "CARGA EXCESIVA", "PUESTO VACANTE" "PERFIL PROFESIONAL"? (ARTÍCULO 49.1.N)[9]

1. **STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail (C-485/20, EU:C:2022:85).** Concepto de ajustes razonables: la medida ha de ser adecuada, eficaz y práctica, teniendo en cuenta:

- Situación individual de cada persona con discapacidad.
- Carga excesiva (artículo 5 Directiva 2000/78/CE): artículo 21 Directiva 2000/78/CE: costes financieros, tamaño empresa, recursos financieros y volumen de negocios total y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Predomina la dimensión económica; podría tener importancia la dimensión productiva y/o organizativa.

[9] *n) Por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa (…). Para determinar si la carga es excesiva se tendrá particularmente en cuenta el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Conforme al artículo 40.2.2º LDPDIS: "*los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa*", sugiere que se está apelando a una dimensión supraempresarial, el concepto de "grupo de empresa" también podría tenerse en cuenta.

En cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 45 y 48)[10]. Necesidad de justificación documental de no haber accedido o no existir ayudas o subvenciones públicas (artículo 217 LEC: carga de la prueba empleadora)[11].

- Parece que nada impide que la empresa *deba* formular alternativas al alcance que excedan el "perfil profesional" de la persona afectada, lo que significaría que debería estar obligada a proponer escenarios disponibles aunque excedan del grupo profesional; o bien, ajustes (estén o no dentro del grupo profesional) que requieran la prestación de servicios en otro centro de trabajo (incluso, en la órbita de la movilidad geográfica); esto significaría que es posible ofrecer alternativas que requieran el desarrollo de funciones "similares" o totalmente distintas.
- Posibilidad de reducción del tiempo de trabajo: STJUE 11 de abril 2013 (C-335/11 y C-337/11), *HK Danmark*: *la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de "pautas de [tiempo de] trabajo", puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo.*
- Posibilidad de teletrabajo: STSJ Cataluña 27 de febrero 2024, la doctrina judicial ha establecido que esta modalidad de trabajo a distancia no es un motivo para negar la incapacidad permanente absoluta para las personas que no pueden desplazarse (porque tienen la capacidad deambulatoria gravemente afectada); parece que, según las circunstancias del caso, sí podría erigirse en una opción; los ajustes que proponga la empresa no pueden imponerse unilateralmente (exigiéndose un acuerdo), se salvaría la necesaria aceptación que, en virtud del artículo 5 de la Ley 10/2021, el acuerdo de teletrabajo exige.

---

10 *n) Por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, (…). La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas.*

11 *n) Por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, (…) cuando no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora (…).*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- Capacitación: aunque el TJUE condiciona la reubicación a otro puesto a que la persona afectada *"disponga de las competencias",* según la Directiva 2000/78, también cabe que algunos ajustes requieran cierta capacitación o título que no ostenta la persona afectada (o cuya obtención requiera un plazo de tiempo superior al que sería razonable)[12].
- Si el trabajador rechaza la propuesta, se podrá extinguir el contrato sin indemnización[13].

Se habrá de tener en cuenta lo establecido en la DT 11ª ET (contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012).

2. STTSJ Navarra 33/2025, de 23 de enero de 2025, RSU 483/2025 (FJ 3)

Descarta discriminación: capacidad de adaptación del puesto de trabajo agotada.

Aplica STJUE de 18 de enero de 2024: para valorar si la empresa ha hecho ajustes razonables, y qué es razonable exigir a la empresa como ajuste razonable, tiene o en cuenta su actividad, tamaño, número de trabajadores, capacidad financiera, etc.:

1) Actividad: ejecución de trabajos, reparaciones y obras en estructura metálica y calderería, y en general todo tipo de soldaduras y trabajos de metalistería.

2) Número de trabajadores: 8 empleados de los cuales (2 en oficinas) y 6 en el taller y mantenimiento industrial (que realizan de forma indistinta todas las funciones descritas).

3) Se han ido adaptando los trabajos asignados con la finalidad de adecuarlos a las limitaciones físicas, pero se siguen advirtiendo limitaciones para elevar las chapas, dificultades para levantar el material, realización de las tareas que se ejecutan en el exterior del taller (incluso más exigentes), mantenerse en situación de bipedestación de forma estática y para la colocación de perfiles y otros elementos por encima de la cabeza.

Si el ajuste era razonable y no se implementó, la denegación del ajuste convertiría en discriminatorio el despido y por ende en nulo: STSJ Navarra, de 24 de abril de 2024: la empresa no había adoptado medida alguna para adaptar el puesto de trabajo a las limitaciones físicas, uniendo a ello, como indicio discriminatorio, las quejas del trabajador en relación con el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

---

[12] *n) Por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, (…) o cuando existiendo dicha posibilidad la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto.*

[13] *Sin perjuicio de lo anterior, en las empresas que empleen a menos de 25 personas trabajadoras se considerará excesiva la carga cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre las siguientes:*
1.ª La indemnización que correspondiera a la persona trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 [despido improcedente: 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades].

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

VI. FORMALIDADES Y PLAZOS[14]

Se cohonesta con las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales previstas en el artículo 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

La norma no recoge qué efectos deben otorgarse al silencio de la persona trabajadora; de su literalidad, *para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral*, el silencio debe interpretarse como un rechazo. Si la comunicación extemporánea plantea, según las circunstancias concurrentes y siempre que concurra una causa justificada), podría ser admisible una comunicación superado el plazo, al menos, durante los 3 primeros meses que tiene la empresa para evaluar las posibles alternativas), teniendo en cuenta que la voluntad de continuar puede estar condicionada a la alternativa que se ofrezca, la cual es posible que no se conozca con exactitud en sólo 10 días naturales, para sopesar las diversas opciones[15].

La obligación empresarial nace desde el instante que tiene conocimiento de la situación del trabajador; se desprende del artículo 40.2 LDPDIS – y de la STC 51/2021, en la que se afirma: *la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad.*

Parece entenderse que la norma se refiere a dos plazos diferenciados: 1.- 3 meses para evaluar si es posible hacer ajustes razonables o bien proceder al cambio de puesto de trabajo; 2.- una vez hecho este análisis y constatado que ninguna de las dos opciones es posible, 3 meses para proceder a la extinción. Superado este plazo, la empresa ya no podrá extinguir el contrato alegando la concurrencia de la causa descrita en el artículo 49.1.n) ET.

VII. EFECTOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y EN LA PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Una vez declarada la IP el contrato de trabajo se encontrará suspendido mientras se realizan los ajustes o el cambio de puesto (artículo 48.2 ET nueva redacción).
2. Si es posible la adaptación o la reubicación:

[14] *La persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados citados en el párrafo primero de esta letra n) para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral.*

[15] *La empresa dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente, para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo. Cuando el ajuste suponga una carga excesiva o no exista puesto de trabajo vacante, la empresa dispondrá del mismo plazo para proceder a la extinción del contrato. La decisión será motivada y deberá comunicarse por escrito a la persona trabajadora.*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

- El trabajador puede rechazar la propuesta y se podrá extinguir el contrato sin indemnización
- Si el trabajador acepta:
  - La prestación de IP se suspenderá durante el desempeño del mismo puesto de trabajo con adaptaciones u otro que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda (nuevo párrafo al artículo 174.5 LGSS).

El TSJ de Cataluña ha formulado las siguientes cuestiones prejudiciales (Auto 10 de marzo 2025, rec. 2587/2024):

1º) ¿Los artículos 3.1 -c) y 3.3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que aquella Directiva resulta de aplicación a un supuesto en que a un policía local, al que se le ha reconocido una pensión de incapacidad permanente total por sufrir una discapacidad física, y que ha pasado al régimen de segunda actividad en el que realiza tareas administrativas y de atención ciudadana distintas de las que dieron lugar a la declaración de invalidez, se le exige cesar en su empleo público como policía local para poder percibir dicha pensión?

2º) ¿El artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual un policía local en régimen de segunda actividad, al cual se le ha reconocido una pensión de incapacidad permanente total, debe extinguir su relación de empleo público como policía local para poder percibir dicha pensión, cuando aquel ya ha pasado a desempeñar funciones distintas a las que dieron lugar a la declaración de invalidez y ha sufrido una disminución de salario por ello?

- Se produce una novación contractual ajustada a las nuevas condiciones, que pueden ser inferiores a las anteriormente disfrutadas; se entiende que, al menos, la antigüedad y la prestación de servicios deberían mantenerse y quedar protegidas por la indisponibilidad de derechos.

3. Si la empresa justifica motivadamente la imposibilidad de adaptación o reubicación, se podrá extinguir el contrato sin indemnización; plazo máximo 3 meses.

4. Incumplimiento del empleador de la obligación de realizar los ajustes razonables para garantizar el derecho al trabajo de las personas trabajadoras con discapacidad, o propuestas empresariales manifiestamente insuficientes:

- **Posible nulidad del despido**: puede considerarse discriminatorio y, por lo tanto, nulo. El Abogado General en las Conclusiones 13 de marzo 2025 (C-38/24), Bervidi, el TJUE ha establecido que la

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

realización de ajustes razonables permite subsanar una situación de discriminación indirecta (ambos están estrechamente vinculados) y, por consiguiente, la denegación de ajustes razonables describe una discriminación por motivos de discapacidad.

- **Sanciones económicas**: la empresa puede recibir multas por incumplimiento de la normativa de igualdad y accesibilidad laboral.
- **Obligación de readmisión**: En algunos casos, la persona trabajadora puede reclamar su reincorporación si se demuestra que la empresa no agotó las posibilidades de adaptación.
- **Indemnización por daños y perjuicios**: Si la persona trabajadora sufre un perjuicio por la falta de ajustes, puede reclamar una compensación económica.
- **Inspección de Trabajo**: la empresa puede ser objeto de una investigación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Se desprende del artículo 40.2 LDPDIS que la obligación de la empresa de llevar a cabo ajustes razonables es constante en el tiempo. De hecho, así se desprende del artículo 40.2; puede suceder que, una vez llevados a cabo los ajustes razonables, se constate que la persona trabajadora no puede continuar prestando servicios, bien porque los ajustes inicialmente previstos en realidad son incompatibles con su situación personal y/o bien, porque ésta haya evolucionado de tal modo que haga que ya no sean posibles. Extinción: 1.- Sólo puede acudirse a la extinción prevista en el artículo 49.1.n) ET si la misma se canaliza en el marco temporal de como máximo 6 meses (3+3); 2.- Superado este plazo, deberá canalizarse a través de otras vías, como la prevista en el artículo 52.a ET, que no exime a la empresa de tener que alegar que los ajustes razonables no son posibles. Destacable: la resolución por la vía del artículo 52.a ET da lugar a una indemnización; la prevista en el nuevo artículo 49.1.n ET no.

VIII. ASPECTOS PROCESALES

1. Los procesos de extinción del contrato de trabajo por la causa del artículo 49.1.n) ET se declaran urgentes y de tramitación preferente (nuevo apartado 2 del artículo 120 LRJS).
2. Acumulación subjetiva acciones (artículo 25.3 LRJS): ejercicio simultáneo de las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre ellas exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entiende que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos (TS 15-2-01, EDJ 3047): frente a los Servicios de Prevención, en caso de incumplimientos.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

3. Acumulación objetiva de acciones (artículos 26.2, 184 y ss. LRJS): es posible acumular la pretensión de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la una conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales y libertades públicas.

4. Requisitos formales de la carta de despido previstos en el artículo 53.1.a) ET. El propio artículo 49.1.n) ET dispone que *la decisión será motivada y deberá comunicarse por escrito a la persona trabajadora.*

Motivada:

- Motivos por los cuales los ajustes al alcance no son posibles o no son razonables;
- que su adopción conlleva una carga es excesiva;
- no hay vacantes alternativas;
- las que hay no se ajustan al perfil;
- la reubicación comportaría una carga excesiva (por ejemplo, en términos de formación y coste económico y/o de tiempo).

La STTSJ Navarra 33/2025, de 23 de enero de 2025, RSU 483/2025 analiza un supuesto en el que en la carta de despido no se precisan las limitaciones y en qué manera provocan una ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas propias de la actividad laboral; la recurrida alegaba la imposibilidad de constancia de datos médicos concretos sobre la salud que fundamentan la declaración de no aptitud por imposición de la legislación de protección de datos:

- Aplica STS 177/2022, Pleno, de 23 de febrero de 2022, analizaba un supuesto en el que en el informe del Servicio de Prevención no se identificaban las limitaciones funcionales, ni se precisaba de qué modo impedían el desempeño de las funciones listadas en el propio informe; el INSS descarta la declaración de IP:

1) Requisitos formales de la carta de despido: artículo 53.1.a) ET: comunicación escrita al trabajador expresando la causa; cuando se pretenda extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, se deberá precisar en la carta de extinción cuáles son las limitaciones y de qué manera provocan una ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas propias de la profesión; articulo 122.1 LRJS: la extinción del contrato se declarará procedente cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se calificará de improcedente; la carga de la prueba de la ineptitud para el ejercicio de la profesión corresponderá a la empresa, artículo 122.1 LRJS, en relación con el artículo 217.3 LEC.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

2) No se puede extinguir automáticamente el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida con base únicamente en las conclusiones del informe del SPA expedido a solicitud unilateral del empleador, porque no constituye por sí solo un medio de prueba imbatible; la finalidad del informe del SPA es meramente informativa para asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo; las conclusiones no pueden fundarse en las lesiones de la persona trabajadora, ya que la información de su estado de salud está protegida por el derecho a la intimidad y protección de datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 y 4 LPRL; es necesario que el informe identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por la persona trabajadora, especialmente cuando la Entidad Gestora haya descartado la declaración de incapacidad permanente para el desempeño de la profesión habitual; los datos relativos a la vigilancia de salud no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio de la persona trabajadora, a tenor con lo dispuesto en el artículo 22.4 LPRL; el empleador en cumplimiento de su deber de seguridad para con sus personas trabajadoras previsto en el artículo 14.2 ET, deberá ordenar a la persona trabajadora afectada que deje de prestar servicios en el puesto de trabajo afectado para evitar cualquier riesgo en el desempeño del su puesto de trabajo.

Concluye:

- La carta de despido omite información que genera indefensión a la parte actora;
- Aunque la persona trabajadora haya recibido los dos informes emitidos del sp y pueda conocer las limitaciones funcionales que han determinado los técnicos del sp, lo que no conoce son las funciones que la empresa le ha dicho al sp que forman parte de su actividad principal, el primer informe recoge las limitaciones funcionales, pero ninguno recoge de qué manera esas limitaciones provocan una ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas que se le han trasladado como las propias de su profesión habitual;
- La empresa debió incluir en la carta de despido la vinculación entre cada una de las limitaciones y cómo considera que éstas afectan a cada una de las funciones principales y secundarias que forman parte de la profesión, y que se recogen en la carta de despido; el trabajador hubiera podido haber propuesto prueba para demostrar su aptitud para realizar ciertas funciones aun con las limitaciones funcionales que padece;
- Ello no obsta las exigencias de protección de los datos relativos a la salud, ya que esta información (limitaciones funcionales y relación con las funciones que realiza) no implica tener que aportar datos sobre diagnósticos ni patologías, que la empresa no debe conocer.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

IX. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA EN ESPAÑA

1. ST nº 38/2024, JS de Vigo nº 2, 19 de enero de 2024, autos DSP 708/2023

Se notifica al trabajador el 12 de julio de 2023 la baja en SS tras conocimiento de ser declarado afecto a una IPT, con efectos del día siguiente. Despido nulo al no ofrecer la empresa una justificación objetiva y razonable de las medidas en torno a los ajustes razonables o el cambio de puesto.

Aplica:

- Directiva 2000/78/CE, STJUE, de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C 485/20, STJUE de 18 de enero de 2024, STS 20 de diciembre de 1989, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre: conceptos de discapacidad y despido.
- Artículo 96 LRJS: inversión carga de la prueba: demandado justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
- Ley 15/2022, **de igualdad de trato y no discriminación** (enfermedad como causa de discriminación): artículos 2, 4 y 26.

Menciona:

- STC 3/2008. 10/2014 (educación especial) y 77/2014, especialmente STC 51/2021 de 15 de marzo: *(…) el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes. Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite -conforme a la normativa aplicable- el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho. La constatación de que una persona tiene una «discapacidad» en el sentido asumido por el legislador en el 4 de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad, y la determinación de su alcance, precede lógicamente a la*

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

consideración y adopción de las medidas necesarias para cumplir con la obligación de proceder a los ajustes razonables. Sin embargo, hay que precisar que la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad (…).

La empresa, además de conocer la IPT, tenía conocimiento de una IT previa de larga duración por dolencia coronaria grave; no realiza actividad de ajuste o adaptación del puesto de trabajo y, por tanto, no acredita que suponga una carga excesiva: despido nulo: la readmisión se debe concretar en un puesto de trabajo compatible con la IPT y con la prestación contributiva de SS que percibe.

No aplica de oficio indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, al no interesarse en la demanda (artículos 176.3, 182 y 183 LRJS; STS 8 de marzo de 2022).

2. STTSJ CyL, de 17 de marzo de 2025, RSU 329/2025.

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

CONSEJO EDITORIAL

Marta Vicente de Gregorio
Magistrada Sección Penal TI Toledo. Plaza nº 3
sede en Talavera de la Reina

Gloria Rodríguez Barroso
Magistrada Sección Social TI Madrid. Plaza nº 15

María Jesús Muñoz Company
Magistrada Sección Penal TI Orihuela. Plaza nº 4 desplazada en Torrevieja

Juan Antonio Flecha Muñoz
Magistrado Sección de Instrucción TI Guadalajara. Plaza nº 2
con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer

Rafael Ponce Cuéllar
Magistrado Sección de Violencia sobre la Mujer TI Mataró. Plaza nº 1

José María Bernabéu Vergara
Magistrado Sección Civil TI de Elx/Elche. Plaza nº 3

Óscar Jiménez Moriano
Magistrado Sección Civil y de Instrucción TI Plasencia. Plaza nº 1

Javier del Corte López
Magistrado Sección Civil TI Bilbao. Plaza nº 1

María de la Luz Lozano Gago
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI de Ceuta. Plaza nº 6
Letrada de la Administración de Justicia en excedencia

Victoria Gallego Martínez
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI El Vendrell. Plaza nº 7

Sergio Brunet Santos
Magistrado Sección Civil del TI Barcelona. Plaza nº 48

Virginia Vega Clemente
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI Plasencia. Plaza nº 3

Javier de Lemus Vara
Magistrado Sección Civil TI Sevilla. Plaza nº 28

Victoria Trujillo Machuca
Magistrada Sección Civil TI Guadalajara. Plaza nº 2

Ana Ríos Cabrera
Magistrada Sección Penal del TI Plasencia. Plaza nº 2

Pilar Barrado Liesa
Magistrada Sección Civil del TI Barcelona. Plaza nº 45

Jesús Rodríguez Hernández
Magistrado Sección Social TI Madrid. Plaza nº 12

Luis Sánchez Quiñones
Magistrado Sección Social TI Barcelona. Plaza nº 15

Francisco Javier Pozo Moreira
Magistrado Sección Social TI Barcelona. Plaza nº 14

Araceli Crespo Pascual
Magistrada Sección Social TI Guadalajara. Plaza nº 1

José María Nacarino Lorente
Magistrado Sección Penal TI Orihuela, Plaza nº 2, sede en Torrevieja

Pedro Belda Calvo
Magistrado en excedencia

Soledad Hidalgo Serna
Magistrada Sección Social TI de Madrid. Plaza nº 29

Javier Casado Román
Letrado de la Administración de Justicia

Sacramento Ruiz Bosch
Magistrada Sección Penal TI Orihuela. Plaza n.º 1

Lluís Pérez Losa
Magistrado Sección Civil TI Barcelona. Plaza nº 25

Julia Serrano Trigueros
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI Lorca. Plaza nº 4
con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer

Juan Alejandro Vallino Gutiérrez
Magistrado Sección Civil TI San Bartolomé de Tirajana. Plaza nº 4

Yolanda Urbán Sánchez
Magistrada Sección Social TI Madrid. Plaza nº 15

Patricio Arribas Atienza
Magistrado Sección Civil TI Benidorm. Plaza nº 2
Letrado de la Administración de Justicia en excedencia

Francesc Calls Ginesta
Magistrado Sección Penal TI Barcelona. Plaza nº 4.

Ángel Marcos Gómez Aguilera
Magistrado Sección Civil TI de Algeciras. Plaza nº 4

María Gavilán Rubio
Magistrada Sección Civil e Instrucción TI de Arganda del Rey. Plaza nº 3

Juan José Losa Benito
Magistrado Sección Civil TI Alcobendas. Plaza nº 7

Montserrat Carceller Valls
Magistrada Sección Civil TI Sabadell. Plaza nº 5

Jaime Klein López
Magistrado Sección de Instrucción del TI Guadalajara. Plaza nº 1

Margarita Fons Carbonell
Magistrada Sección Social TI Las Palmas de Gran Canaria. Plaza nº 4

Juan Francisco Moreno Domínguez
Magistrado Sección Social del TI Tarragona. Plaza nº 2

Yolanda Fernández López
Magistrada Sección Social TI Pamplona/Iruña. Plaza nº 4

José R. Dámaso Artiles
Magistrado Sección Social TI Barcelona. Plaza nº 17

Concepción Esther Morales Vállez
Magistrada Sección Social TI Madrid. Plaza nº 23

Juan José González López
Magistrado Sección Contencioso-Administrativo TI Tarragona. Plaza nº 2

Nº 1/2026
Marzo
ISSN 2792-226X

Ana Isabel Flores García
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI Illescas. Plaza nº 8

Marta Escudero Muñoz
Magistrada Sección de Instrucción del TI de Vitoria-Gasteiz. Plaza nº 3

Adoración Amigo Rodríguez
Magistrada Sección de Instrucción TI Terrassa. Plaza nº 2

Vicenta Nogueroles Llinares
Magistrada Sección Civil Instrucción TI Sant Feliu de Llobregat. Plaza nº 2

Gabriela Pallín Ibáñez
Magistrada Sección Penal TI Mataró. Plaza nº 2

Manuel Cerrada Moreno
Magistrado Sección Civil y de Instrucción TI Valdemoro. Plaza nº 7

Sandra Schuller Ramos
Magistrada Sección Civil TI Arganda del Rey. Plaza nº 1

Silvia María Rosales Pedrero
Magistrada Sección Penal TI Huelva. Plaza nº 4

Tania García Sedano
Magistrada Sección Penal TI de Girona. Plaza nº 6

Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños
Magistrado Sección Penal TI Figueres

Ana Freire Calvo
Magistrada Sección de Violencia sobre la Mujer TI

Angela Vieitez López
Magistrada Sección de Violencia sobre la mujer TI Toledo. Plaza nº 1

Patricia Medina Pérez
Magistrada Sección de Violencia sobre la mujer TI Hospitalet de Llobregat. Plaza nº 1

María Ascensión Cunchillos Barrado
Magistrada Sección de Instrucción TI Arona. Plaza nº 3

Idoya Fernández Marcaida
Magistrada Sección de Familia Infancia y Capacidad TI Ibiza. Plaza nº 1

Albert Ejarque Pavia
Magistrado Sección Civil TI Granollers. Plaza nº 3

Javier Hernando Mendivil
Magistrado Sección Civil TI Manacor. Plaza nº 3

Rocío Gutiérrez Gallardo
Magistrada Sección Instrucción TI L'Hospitalet de Llobregat. Plaza nº 3

María Ángeles Valdegrama González
Magistrada Sección Civil TI Badalona. Plaza nº 1

María Adoración Ruiz Rodríguez
Magistrada Sección de Instrucción TI de Algeciras. Plaza nº 2

María del Mar Julve Hernández
Magistrada Sección Civil e Instrucción TI Manresa. Plaza nº 4

Javier Fraga Mandián
Magistrado Sección Instrucción TI Puerto del Rosario. Plaza nº 3

Edición: CEJUP FORMACIÓN, S.L.U.
C/ Ríos Rosas, 42, Pl. 1ª, 28003 Madrid
www.cejup.es